

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**EL TRIBUNAL ANDINO *EN PERSPECTIVA***

**TESIS PARA OBTENER EL  
GRADO DE DOCTOR EN DERECHO**

**Ricardo Vigil Toledo**

**Madrid - España**

**2010**

“And thus the native hue of resolution  
Is sicklied over with the pale cast of thought  
And enterprises of great pith and moment,  
With this regard, their currents turn awry,  
And lose the name of action.”\*

William Shakespeare, Hamlet, Acto III, Escena 1

\* “Y así los primitivos matices de la resolución desmayan bajo los pálidos toques del pensamiento, y las empresas de mayores alientos e importancia por esta consideración, tuercen su curso y dejan de tener nombre de acción.”

(Traducción de Luis Astrana Marín. Primera Versión Integra del inglés. Aguilar de Ediciones, Madrid 1951, William Shakespeare Obras Completas).

## ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I	
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDINO	
1. Antecedentes y evolución histórica del mecanismo de solución de controversias en la Comunidad Andina.	38
2. El Tratado y sus Protocolos Modificatorios.	42
3. El cambio de paradigma: de la intergubernamentalidad a la supranacionalidad.	45
4. Análisis comparativo con otros tribunales regionales e internacionales de carácter supranacional.	51
5. El caso de la Comunidad Andina y los otros procesos regionales sudamericanos.	57
5.1. Aprobación de Decisiones por la Comisión de la Comunidad Andina.	57

## CAPÍTULO II

### COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL

1. Los Magistrados, elección, privilegios e inmunidades y remoción. 69
2. Funcionamiento del Tribunal. Sesiones Administrativas y Judiciales.  
Audiencias. 86
3. Los Recursos Económicos del Tribunal: El Presupuesto y  
las contribuciones de los Países Miembros. 88
4. Un Tribunal de Cuentas para el Sistema Andino de Integración 89

## CAPÍTULO III

### LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL ANDINO

1. La Acción de Nulidad. 98
  - 1.1 Prescripción de la Acción de Nulidad. 108
  - 1.2. La legitimidad activa de los particulares en el recurso  
de anulación de la Unión Europea. 109
2. La Acción de Incumplimiento. 113

2.1	La responsabilidad extracontractual y la indemnización de daños y perjuicios.	114
2.2	La responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias de la Comunidad Andina.	116
2.3	La legitimidad activa de los particulares en la acción de incumplimiento.	120
2.4	Las medidas cautelares en las acciones de incumplimiento.	135
2.5	El sistema sancionatorio en la Comunidad Andina.	136
2.5.1	La reforma del Sistema Sancionatorio	137
3.	La Interpretación Prejudicial.	138
3.1.	La teoría del acto aclarado en el TJCA.	156
3.2.	La interpretación prejudicial: facultativa y obligatoria.	157
4.	El Recurso por Omisión o Inactividad.	160
5.	La Función Arbitral.	161
6.	La Jurisdicción Laboral.	169

## CAPITULO IV

### EL FUTURO DEL TRIBUNAL ANDINO

1.	El Transporte Multimodal de Mercancías.	210
1.1	El renacimiento de la Escuela de los Glosadores de Bolonia.	217
2.	La legislación uniforme en Propiedad Intelectual.	223
2.1.	La propiedad intelectual en el MERCOSUR.	228
3.	La legislación sobre la protección del Medio Ambiente.	234
3.1.	Normativa Andina y Mercosureña sobre el Medio Ambiente.	243
3.2.	Medio Ambiente en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR.	247
3.3	Las Disposiciones de la Comunidad Andina en Medio Ambiente.	250
4.	Los otros temas.	253
4.1	El modus operandi de la cooperación entre tribunales.	255

4.2	La descentralización de la Justicia Comunitaria.	257
4.3	Los peligros y la tentación para abortar la iniciativa.	259
EPÍLOGO.		263
CONCLUSIONES.		273
BIBLIOGRAFÍA.		299
ANEXOS		309

## Introducción

El derecho comunitario de la Comunidad Andina es un derecho nuevo y, además, provisional o transitorio, ya que sirve a un proceso de integración, no sólo económica sino fundamentalmente política y social, para llegar a una unión o a una confederación de Estados o repúblicas independientes. Es una creación diseñada para satisfacer una vieja aspiración que nace, en el caso de América Latina, inmediatamente después de las guerras de independencia de los poderes coloniales en el siglo XIX con el Congreso Anfictiónico de Panamá convocado por el Libertador Simón Bolívar en 1826.

El Perú también buscó luego implementar esta decisión mediante la coordinación jurídica de una unión aduanera o “zollverein” en el Primer Congreso de Jurisconsultos de Lima en 1879 para promover esta unión panamericana, que luego actualizaría Víctor Raúl Haya de la Torre en su célebre discurso del 20 de Agosto de 1931 en el primer Congreso del Partido Aprista Peruano y que habría de recordar, emocionado, cuarenta y siete años más tarde, en su discurso inaugural de la Asamblea Constituyente del Perú el 28 de Julio de 1978.<sup>1</sup>

Como es sabido, ese desideratum, el de la integración regional, debe empezar con un acuerdo básicamente comercial que permita el libre tránsito de mercancías, para luego llegar a un libre tránsito de personas, un arancel externo común, una unión aduanera, una política exterior común, una moneda común y así sucesivamente hasta alcanzar la plena unidad. Pero lo que hay que evitar, y que casi siempre sucede, es quedarse a medio camino confundiendo los medios puestos al servicio de este ideal como si fueran un fin en sí mismo.

Es esencial, por eso, para entender cabalmente la naturaleza especial y transitoria del derecho comunitario no perder de vista este derrotero, que en el caso de la Comunidad Andina apunta, igual que en Europa, a una integración política a través de un largo itinerario, aunque ha tenido que enfrentar siempre la encrucijada para decidir entre un mecanismo de cooperación regional o una verdadera federación de los Estados Unidos de América del Sur.

El principio de la integración regional no puede ser otro que el del federalismo, entendiendo como tal la unión de naciones, como auspiciosamente se denomina la reciente creación de la UNASUR, siglas que corresponden a la Unión de Naciones



Suramericanas, que sustituyeron a la nonata Comunidad Sudamericana de Naciones, creada en la ciudad del Cusco el 8 de Diciembre de 2004, pero, como se verá más adelante, ese nuevo intento nació con el pecado original de equivocar el derrotero hacia esa meta.

Ortega y Gasset, en su obra “España Invertebrada”, se refiere a la célebre “Historia de Roma” de Theodor Mommsen, -teniendo en mente la similitud con su Castilla natal-, donde el célebre historiador alemán señala que la historia de toda nación, y sobre todo de la nación latina, es un vasto sistema de incorporación y añade que el caso de Roma es el único caso que existió de una integración de comienzo a fin. Señala Ortega, con perspicacia, que en la edición alemana Mommsen no había utilizado la palabra “incorporación” sino el vocablo “synoikismo”, que literalmente es “convivencia”, “ayuntamiento de moradas”, pero que al revisar la traducción francesa había notado que Mommsen prefirió una palabra menos técnica, cuando dijo que “la historia de una nación, y de la nación itálica entre todas, ofrece el fenómeno de un vasto “sinecismo”. Pienso sin embargo que ambos, si hubieran vivido en la actualidad, habrían coincidido en reemplazar “incorporación” por “integración” y señalar que la integración no es, necesariamente, la dilatación de un núcleo inicial sino la creación de una entidad nueva, distinta de las que la conforman, pero unidas por determinados vínculos que nacen, voluntariamente, de la vocación de ofrecer una vida mejor a sus ciudadanos.

Mommsen dice que Roma debió su rápida y precoz importancia no sólo a su fundación, sino a circunstancias enteramente comerciales y estratégicas. No fue edificada de una sola vez sino paulatinamente y, entre las ciudades latinas, fue quizá la más nueva en vez de ser la más antigua. Hace notar en apoyo de su aserto la singular atención que pusieron en construir y conservar el puente del Tíber, con la galera colocada en las armas de la ciudad y los derechos de aduana ya impuestos en esta época a todas las importaciones o exportaciones realizadas por el puerto de Ostia, mientras que las destinadas al consumo personal del dueño del cargamento quedaban exentas; y concluye diciendo que “cuando se conocen Roma y su historia, se sabe también que el rasgo más notable de sus instituciones públicas y privadas era la organización, en extremo exclusiva, del derecho de ciudad y de comercio”.<sup>2</sup>

La primera ciudad ocupaba solamente la cima del Monte Palatino, poco después se le llamó la “Roma cuadrada”, por la forma de la colina, extendiéndose alrededor del Palatino, encerrada dentro de su única muralla de entonces. El Quirinal, en cambio, fue el centro de una ciudad independiente. La ciudad palatina era la ciudad de las siete colinas y por eso se les llamaba “los montañeses”. El nombre de “romanos” que se aplicó a todo el país lo tomaron los habitantes de la colina (romani collini) lo mismo que los del Monte Palatino. Las dos ciudades eran distintas y siempre en lucha

entre sí. La Roma de las siete colinas, la palatina, era mucho más fuerte que la del Quirinal y por eso tuvieron que contentarse con un rango inferior en la organización de la “Roma unida” de Servio Tulio.

En el momento de su unión ambas ciudades tenían instituciones semejantes y en la fusión tuvo que elegirse entre mantener las que tenían, como Estados separados o suprimir algunas y extender las otras a todo el cuerpo del nuevo Estado. Roma fue una ciudad comercial y le debió al comercio internacional los primeros elementos de su grandeza. En palabras de Mommsen: “La hegemonía de Roma se estableció sobre las bases de una alianza que confería iguales derechos a las partes”. Igualdad completa en las relaciones de la vida y del comercio, lo que producía el efecto que en nuestros días genera la supresión de las trabas aduaneras. Es necesario reconocer –dice- que si el Estado en Roma exigió todo al ciudadano y llevó la noción de la sumisión del individuo a la sociedad hasta un punto en que no se ha llegado en ninguna otra parte, no consiguió ni pudo conseguir esto sino destruyendo las barreras del comercio y desarrollando por todas partes esta misma libertad que encadenaba en el sistema gubernamental. La grandeza de Roma se debe a que concilió en una misma ley los principios eternos de la libertad y de la autoridad, los de la propiedad y los de la jurisdicción sin falsearlos ni amenguarlos jamás”.<sup>3</sup>

Roma había creado el derecho tal y como todavía se aplica en el Hemisferio Occidental, y ese fue el factor necesario para lograr la incorporación o integración, en base a una aplicación uniforme del mismo a lo largo y ancho de su dilatado imperio. Fue así el derecho la fuente, los cimientos, sobre los cuales al cabo de muchos años y de grandes conflagraciones se convertiría, luego de encuentros y desencuentros, en la actual Unión Europea.

Con el derecho aportó Roma el elemento esencial para desarrollar las relaciones de las personas entre sí, con las cosas, con las obligaciones y los contratos, así como con las acciones para hacerlas efectivas. En otras palabras, para asegurar la armonía de la vida en una comunidad que, nacida del embrión inicial formado por la articulación de dos colectividades distintas, la Roma de la Montaña o Palatina con la asentada sobre la Colina del Quirinal, se había luego dilatado a lo largo del continente europeo para formar un imperio donde la base de su administración reposaba en aquel derecho que habían inventado, y que se fue desarrollando conservando sus fundamentos esenciales de tal manera que permanecieron inmutables en su esencia. Admirado y respetado por todas las comunidades a lo largo del tiempo, fue también la base para la construcción de Europa, aún cuando tuvo que afrontar el particularismo del “common law” de las Islas Británicas, lo que si bien causó ciertos problemas iniciales, éstos fueron luego superados gracias al espíritu pragmático que es también elemento consustancial de aquella comunidad.

No en vano, mucho tiempo después, cuando se formaron las Comunidades Europeas que darían paso a la actual Unión Europea, se pudo concluir que su base no era sino una norma jurídica común interpretada de manera uniforme, como lo expresó, mucho tiempo después el Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).<sup>4</sup>

Como es sabido, el derecho romano deriva de una compilación efectuada en el siglo VI DC bajo la directiva del Emperador Justiniano, compilación que fue a su vez producto de años de constante desarrollo, lo que le permitió alcanzar la autonomía necesaria para la creación de una cultura europea común. A pesar de las distintas lenguas y dialectos hablados, y de las diversas formas de gobierno, existía ya, mucho antes de los esfuerzos para lograr una integración regional, una cultura sustentada en gran parte en el derecho romano que permitió a Roma expandirse de la ciudad-Estado que era a un dilatado imperio.

Aunque políticamente cambió de monarquía a república y luego a un imperio, su derecho fue adaptándose a dichos cambios estructurales, dejando intactos sus fundamentos esenciales que eran parte indisoluble del estilo de vida romano.<sup>5</sup> El derecho romano y la elaborada técnica en sus razonamientos desarrollada por eminentes juristas le otorgaron esa larga supervivencia y jugaron así un papel importante en la creación de una cultura común europea que desembocaría, luego de oscilantes aproximaciones y cruentas divergencias, en la actual Unión Europea. Igual papel le correspondió a Castilla, que como heredera de la tradición jurídica de Roma pudo forjar esa otra gran estructura, la del Nuevo Mundo, a quien les confirió los elementos indispensables para su unión: una lengua y un sistema jurídico comunes.

Si bien concluye el filósofo español que la potencia verdaderamente substancial que impulsa y nutre un proceso de integración es “un proyecto sugestivo de vida en común”, en otras palabras: “una comunidad de propósitos, de anhelos, de grandes utilidades no simplemente para estar juntos, sino para hacer juntos algo”, es menester por ello que ese proyecto tenga como sustento una base jurídica común y que ese proyecto, así constituido, tenga un garante de su legalidad.<sup>6</sup> Los símiles de Roma, tanto en la obra de Ortega como en la de Mommsen, cobran actualidad cuando se reflexiona sobre el proceso de integración regional latinoamericano y en especial el de los distintos procesos subregionales conformados en América del Sur por la Comunidad Andina y el MERCOSUR y, desde hace poco tiempo con un nuevo intento, el de la Unión de Naciones Suramericanas, también llamada UNASUR.

Es necesario, para no desviarse del derrotero, volver constantemente a las fuentes para recordar la meta. Es necesario también cotejar, en paralelo, el nacimiento, la marcha y la decadencia de otros procesos, y es por ello menester, al enfocar el proceso de integración andino, hacerlo en paralelo y contrastándolo constantemente con otros similares de América Latina en general, y en especial aquellos de América del Sur. Para ello hay que recordar las génesis de estos procesos, su proceso de consolidación y de desintegración como el ser viviente que son. Estos movimientos de aproximaciones y distanciamientos pendulares, como la diástole y la sístole del corazón, son parte intrínseca de la vida misma y por ello no son extraños en los procesos de integración, como en el arte lo viera con lucidez Élie Faure, cuando en la introducción de su libro “El Espíritu de las Formas” señala que la historia de los pueblos y la historia del Espíritu se reducen a “una serie de alteraciones, ora rápidas, ora precipitadas, de desintegraciones por el conocimiento e integraciones por el amor”.<sup>7</sup>

Todo ordenamiento jurídico comunitario goza de un status transitorio, en la medida que es un proceso encaminado a lograr la unidad. A una reunificación, en el caso de los proyectos de integración latinoamericanos emprendidos casi inmediatamente luego de haber alcanzado la independencia de España en los albores del siglo XIX, para lograr la unión de las nuevas naciones nacidas al conjuro de la fuerza, de un legítimo sentimiento de solidaridad, de una verdadera emoción, en suma de un acto de amor en el gran sentido de la palabra, y lejos de los cálculos que habrían de aparecer casi inmediatamente después de consumada la gesta libertadora.

Ese mismo sentimiento es el que se evocó en la célebre “Declaración del Cusco” del 08 de Diciembre del 2004 con la creación de la “Comunidad Sudamericana de Naciones”, con la convergencia de los dos procesos de integración sudamericanos, la Comunidad Andina (CAN) y el MERCOSUR, y con la concurrencia de la República Cooperativa de Guyana y la República del Suriname. En ella se dibujaba la arquitectura de esa futura comunidad de derecho, aunque a mi parecer defectuosamente, porque no se establecía desde el inicio un garante de la legalidad de esa creación, sino una remisión genérica a “un régimen de solución de controversias suscrito mediante un Protocolo Adicional”.<sup>8</sup>

Contiene la Declaración todo un largo menú de ideales que debían alcanzarse, fundamentalmente, a la fusión de dos sistemas de integración que venían funcionando a lo largo y ancho del subcontinente sudamericano con velocidades distintas y con una concepción diferente del proceso pero con una clave para conseguir dicho ideal cuando definía su meta como la de “desarrollar un espacio sudamericano integrado en lo político, social, económico, ambiental y de infraestructura, que fortalezca la identidad propia de América del Sur”. Luego pasaba revista a los procesos dentro de

los cuales se podría lograr este espacio sudamericano integrado mediante la concertación, y la coordinación política y diplomática que afirmara a la región como un factor diferenciado y dinámico en sus relaciones externas. También señalaba la necesidad de la convergencia entre el MERCOSUR y la Comunidad Andina y Chile en la integración física, energética y de comunicaciones; en la armonización de políticas que promovieran el desarrollo rural y agro alimentario así como la transferencia de tecnología y la cooperación horizontal en ciencia y tecnología; y finalmente la interacción entre las empresas y la sociedad civil en la dinámica de integración.

Sin embargo, sin presupuesto y ni siquiera una secretaría administrativa permanente y con tan solo una secretaría Pro Témpore era condenar al fracaso ab initio a este loable impulso, ya que es imposible construir una verdadera comunidad de derecho en tan precarias condiciones. De todas maneras resultó esperanzador que los Presidentes hubieran expresado su determinación de desarrollar un espacio sudamericano integrado en lo político, social, económico, ambiental y de infraestructura, lo que constituye la base misma del proyecto, pues si bien ese ideal se presentaba lejano, tenía la fuerza de la meta bien trazada.

Además, la declaración de “la profundización de la convergencia entre MERCOSUR y la Comunidad Andina y Chile a través del perfeccionamiento de la zona de libre comercio” suscitó una legítima esperanza por cuanto, al parecer, se trataría – se pensó- de un primer paso en la construcción de una comunidad de derecho. No había otra explicación, pues si ello constituía un fin en sí mismo, toda esa arquitectura de la Declaración del Cusco hubiera resultado redundante e hiperbólica si sólo se trataba de establecer un espacio de libre comercio, es decir, de libre tránsito de mercancías, pues para eso no se necesitaba crear una nueva comunidad de derecho al margen de las existentes en la Comunidad Andina y en el MERCOSUR.

Esta nonata comunidad de derecho habría de convertirse luego, sin solución de continuidad, ignorando las lecciones de la historia, en una nueva identidad, denominada esta vez “Unión de Naciones Suramericanas” (UNASUR), que confirmaría el ácido comentario de un ex Ministro de Comercio de Estados Unidos de América, que se refería a estas creaciones como “integraciones de papel”, ya que ni siquiera se había iniciado la incorporación paulatina de competencias a esta nueva, pretendida comunidad de derecho, en base a renuncias de parcelas de soberanía de los socios de este nuevo proyecto de vida en común y ya se hablaba de “Unión”. Parecía estar concebida más que nada con el fin de agradar a todos los nacionales de toda esa gran comunidad de derecho en potencia que habían decidido crear. El tiempo y la reflexión, sin embargo, vino a corroborar que la nueva creación lo era sólo en la nomenclatura del acuerdo esperanzador, que de ahí en adelante en lugar de llamarse “Comunidad”

sería ahora “Unión”, pero que, en el fondo, no era sino más de lo mismo, aunque con nombre más rimbombante.

En ambos casos se había prescindido de la creación de un garante de la legalidad del nuevo pacto, reincidiendo en los mismos errores del pasado. A ello se sumaba la ausencia de un órgano capaz de tomar decisiones vinculantes y lo único que quedaba era sólo una Secretaría General que vendría a duplicar los esfuerzos que ya se habían cristalizado en los mecanismos existentes en la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración)<sup>9</sup> y en su antecesora la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio), lo que al parecer era la única novedad que tenía el nuevo pacto y su posterior discusión para negociar quién asumiría la tan honrosa función de Secretario General.

Para que no quedara duda de aquello, expresamente se consignó lo que antes en la Declaración del Cusco se había sugerido al desgaire: que las controversias que surgieran de la interpretación, o incumplimiento del Acuerdo, serían dirimidos mediante un régimen de solución de controversias suscrito mediante un protocolo adicional.

Ese protocolo nunca se adoptó, pero quedó claro que ya no era necesario, pues en el Tratado de Creación de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) se establece, inequívocamente, que el mecanismo de solución de controversias seguirá siendo el tradicional de los buenos oficios, la mediación y finalmente el arbitraje, lo que demuestra un claro retroceso en el proceso de integración subregional, a la vez que condena el avance cualitativo que tuvo la Comunidad Andina con la creación del Tribunal Andino de Justicia.

Desertaba así la recién creada “Unión” de la naturaleza supranacional del acuerdo que, aún cuando fuere solamente parcial y progresiva, era una condición sine qua non para designar, con propiedad, que lo que se quería era construir una “comunidad de derecho” y no repetir los esquemas existentes de cooperación intergubernamental, cambiándoles sólo el título. En derecho no es el nombre que se da a las cosas lo que devela su status sino lo que fluye de su propia naturaleza.

El pecado original de esta nueva promesa de “Unión” reside en no haber incluido, desde el momento mismo de su creación, un garante de su legalidad como lo hicieron, siguiendo el ejemplo de Roma, los fundadores de la actual Unión Europea, cuando al crear el núcleo inicial de la Unión con la Comunidad Europea del Carbón y

del Acero crearon, al mismo tiempo, simultáneamente, el Tribunal de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

En retrospectiva, los países de esta América no supieron dar continuidad al impulso que les había dado la solidaridad en las guerras de la independencia para la construcción de una “unidad continental”. Vanos fueron los esfuerzos para lograr la reunificación mediante el Congreso Anfictiónico de Panamá que siguió muy pronto a la independencia, aunque es verdad que dejaba sentada la ruta que mucho tiempo después retomarían los países en variopintos intentos, contruidos en base a acuerdos parciales de complementación económica que vino impulsando la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y luego convertida en Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) y que, si bien a pesar de su fructífera labor no han logrado la tan ansiada integración, tampoco la han olvidado. Así lo recuerda la creación del Grupo Andino, que fue el punto de partida de lo que luego habría de convertirse en la Comunidad Andina y también, por cierto, el MERCOSUR, y los nuevos intentos de la Comunidad Sudamericana de Naciones y, casi sin solución de continuidad, en lo que es la actual UNASUR.

El Congreso Anfictiónico de Panamá, al que hemos hecho referencia fue, en todo caso, la partida de nacimiento de este porfiado proyecto de reunificación partiendo de una integración económica, como fue, en su caso, lo que más tarde sería la base para la construcción de la actual Unión Europea. Es decir, una comunidad económica basada en una unión aduanera. Eso era, ni mas ni menos, el “zollverein” sudamericano que establecía aquel Congreso Anfictiónico de Panamá para que “los productos naturales o manufacturados de cualquiera de las repúblicas confederadas, que en buques de una se introduzcan en otras de las mismas repúblicas en que sean de lícito comercio, sólo pagaran la tercera parte de los derechos de importación impuestos a los mismos productos cuando pertenecieran a otra nación extranjera”.

Sólo Colombia ratificó el tratado de Panamá, con verdadera vocación integracionista que habría luego de confirmar más tarde, casi siglo y medio después, cuando imprimió el impulso para la creación del Grupo Andino, lo que fue reconocido por sus socios restantes al elegir a la ciudad de Cartagena de Indias para celebrar el tratado fundacional, denominado desde entonces como “El Acuerdo de Cartagena”, en homenaje a la ciudad donde fuera suscrito por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú y que habría de convertirse en la actual Comunidad Andina. Siguió a ese extraordinario salto cualitativo otro tratado que, junto con el Acuerdo de Cartagena, es la verdadera partida de nacimiento de esta nueva comunidad de derecho, también celebrado en la misma ciudad de Cartagena de Indias el 28 de Mayo de 1979, y por el cual se creó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, también llamado en propiedad el Tribunal Andino de Justicia, o más sucintamente, el Tribunal Andino, que

habría de confirmar la naturaleza supranacional de la Comunidad, comunidad ésta que constantemente se encuentra en peligro de extinguirse para volver al paradigma de la cooperación intergubernamental, como patéticamente parecería anunciarlo el nuevo tratado de creación de la Unión de Naciones Suramericanas.

Lamentablemente, nadie más ratificó el tratado del Congreso Anfictiónico de Panamá. El Perú, por su lado, convocó otro Congreso en 1856 pero éste suscitó la protesta de las entonces llamadas repúblicas del Plata, que “ya tenían conciencia de su ubicación geográfica que habría de recibir de Europa capitales y hombres”.<sup>10</sup> Sin embargo, el tratado había dejado la simiente para la construcción de la integración sudamericana, al haber identificado que el primer paso en esa dirección era contar con un “arancel externo común” y un “trato nacional”, diferenciando así el tratamiento de productos que pertenecieran a terceros países del de los de la nueva comunidad en ciernes. Eso era el “zollverein” sudamericano: el proyecto de unión aduanera que mucho tiempo después renacería con la promesa del Grupo Andino, luego el de la Comunidad Andina, y recientemente con la UNASUR.

Para complementar este nonato “zollverein” se convocaron sendos congresos de juristas el de Lima de 1879 y el de Montevideo de 1889, que elaboraron un proyecto para la unificación del derecho para toda la América Latina constituida por las ex colonias de España en el continente americano. Esos tres esfuerzos debieron marchar de manera conjunta para impedir la fragmentación de legislaciones y de Estados-naciones, cuando se imponía la idea del “americanismo” o del “panamericanismo”. Era una visionaria respuesta al “América para los Americanos” del Presidente James Monroe, articulada con la bella frase del Presidente de la Argentina, Roque Sáenz Peña: “América para la Humanidad”, ya que el comercio era el único verdadero lazo de unión entre Europa y la América Latina, y la política no era en aquellos tiempos sino un elemento secundario o auxiliar del comercio.<sup>11</sup>

Francisco García Calderón se preguntaba cuál era la diferencia entre las repúblicas unitarias y las federales y terminaba confesando que no podía explicarla ni justificarla. Comentaba, acertadamente, que no se debía indudablemente a España, cuya política había sido siempre de unificación, como lo recordaría luego Ortega y Gasset, cuando explicaba el símil de Castilla con Roma, ni provenía tampoco de las instituciones hispano-americanas en tiempos de la Colonia, pues si bien los virreyes tenían obligación de auxiliarse mutuamente para conservar la autoridad del Rey de España, los virreinos eran independientes entre sí.

Si nos hablara de confederaciones entre varias repúblicas como la de Venezuela, Colombia y el Ecuador, que eran parte del Virreinato de Nueva Granada, o



las del Perú y Bolivia, que lo eran del Virreinato del Perú, las comprenderíamos perfectamente ya que ello existía, con una legislación uniforme y sujetos a una autoridad central que era la del Rey de España. Lo único que hubiera cambiado, respetando las demarcaciones de dichos países y sus legislaciones nacionales, habría sido un Presidente de esa nueva confederación, cargo que bien podría haber sido rotativo entre los países que la hubieran conformado, como un “primus inter pares” ya que las decisiones, en esta nueva confederación, hubieran tenido que tomarse por unanimidad o por consenso, pero no por simple mayoría.

Los fundadores de la actual Comunidad Andina debieron haber tenido presente esta idea cuando al cabo de más de un siglo de haber alcanzado la vida independiente pergeñaron en Cartagena de Indias el Acuerdo que lleva ese nombre, con el objeto de retornar al origen común de lo que eran las delimitaciones territoriales de ambos antiguos virreinos, que no tenía otra finalidad que facilitar la administración durante la dominación española de un vasto territorio al que habían otorgado unidad, dotándolos de un idioma común y de un sistema jurídico uniforme. Por eso optaron en el inicio por un modelo “confederado”, más que “unitario”, o “federal”, para el establecimiento de esta nueva comunidad de derecho que es la que había triunfado en Estados Unidos de América, en México, el Brasil y la Argentina.

No ignoraban que la creación de una “federación” o “unión” en América del Norte había sido conseguida sólo luego de una cruenta guerra civil contra los partidarios de la “Confederación”, que era la que propugnaban los Estados del Sur, celosos de su territorialidad, como correspondía a quienes habían construido su hábitat con mucho esfuerzo en base a la agricultura y la ganadería, y de ahí su vocación sedentaria, lo que contrastaba con la visión más abierta, industrial y pragmática de los Estados del Norte que propugnaban la “Unión”, que fue la que finalmente se impuso y consolidó esa gran integración bajo su nombre actual. El tiempo les daría la razón.

La diferencia entre dichas opciones fundamentalmente era, y sigue siendo, que mientras que en una confederación los Estados que la componen conservan su independencia interior y exterior y sólo se asocian con el objeto de aunar sus esfuerzos en asuntos de interés común, en el caso de una “unión” hay una cesión de soberanía de los varios Estados que se fusionan a un gobierno central en el cual delegan parcelas de su independencia interior, en lo que se denomina “competencias soberanas” que incluyen especialmente su representación exterior y su seguridad común como es, entre otros, el caso de los Estados Unidos de América y la que fuera la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). También es el que se vislumbra en el largo proceso de la Unión Europea, que se viene consolidando en base a una transferencia de competencias nacionales a una entidad central y que actualmente se

representan, gráficamente, por un símil de un Templo Griego con tres pilares o columnas: dos supranacionales que son la de la libre circulación de personas y cosas, la del arancel externo común y la de la unión aduanera, que son básicamente de naturaleza económica así como la de la Cooperación en los ámbitos de la Justicia y los Asuntos de Interior; y, sólo una intergubernamental que es la de Política Exterior y de Seguridad Común.<sup>12</sup>

En tal sentido, el proceso decisorio en el terreno de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) seguirá estando presidido por sus propias reglas de juego de naturaleza intergubernamental (artículo 24.1 TUE). De ahí que, pese a que parte de la doctrina insista en la desaparición con la reforma de Lisboa del sistema de pilares instaurado por el Tratado de Maastricht, al quedar la Comunidad Europea finalmente absorbida por una Unión que pasa a tener personalidad jurídica única, lo cierto es que el propio TUE, junto con el sistema general presidido por reglas esencialmente supranacionales, establece un régimen especial para la PESC presidido por reglas intergubernamentales.<sup>13</sup>

El pensamiento de Francisco García Calderón, en lo que a América del Sur respecta, se aproxima a lo que en Cartagena de Indias percibieron los creadores de la Comunidad Andina. Era el renacimiento de ese ideal que estuvo casi realizado cuando el entonces Grupo Andino reunía a Colombia, el Ecuador, el Perú, Bolivia y Chile y al que pronto habría de acudir Venezuela. Lamentablemente, ese itinerario se vio bruscamente interrumpido con la salida de Chile al momento de aprobarse la Decisión 24 sobre el tratamiento al Capital Extranjero que incidía en su proyectado desarrollo económico. Luego, por razones de orden político, también se separó del acuerdo subregional la República Bolivariana de Venezuela para formar un nuevo proyecto de integración bajo el nombre de Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), a partir de la Séptima Cumbre Extraordinaria de la ALBA (24 de junio de 2009), en Maracay, Venezuela.

Como es sabido, todo ordenamiento jurídico comunitario se inicia con un status transitorio, con una paulatina transferencia de competencias nacionales al ente comunitario, proceso que toma tiempo para su maduración hasta lograr la ansiada unidad. El punto de partida es generalmente la libre circulación de personas y cosas y un arancel externo común para lograr una unión aduanera. Es un proceso largo y difícil, como lo demuestran tanto el caso de la Comunidad Andina como el de la Unión Europea y por ello es menester cuidar de tener clara la carta de navegación y no repetir el error de no haber contado desde el principio con un garante de su legalidad. Hay que recordar el ejemplo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que daría origen a la actual Unión Europea, que desde el momento mismo de la creación de su comunidad también lo hizo con un Tribunal de Justicia con lo que quedó

definida, desde su nacimiento, la naturaleza supranacional del acuerdo de integración. Eso la diferenciaba, sustancialmente, de todos los acuerdos anteriores que tenían una base intergubernamental.

Por un lado, en el caso de América del Sur el cambio de paradigma de la intergubernamentalidad a la supranacionalidad sólo se alcanzó con la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en Cartagena de Indias el 28 de Mayo de 1979 como el único órgano dentro del sistema, en ese entonces, con esta naturaleza, que luego sería extendida a los órganos legislativos del sistema, el Consejo Andino de Cancilleres y la Comisión, con el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Cartagena, firmado en la ciudad de Trujillo, Perú, en 1996.

Fernando Uribe Restrepo<sup>14</sup>, que fuera Presidente del Tribunal Andino de Justicia, afirmaba que la existencia de un tribunal de justicia comunitario es la esencia misma de todo esquema de integración económica, la cual supone una organización con poderes propios similares a los de un Estado. Y que un poder de tal naturaleza no podría ser pacíficamente ejercido sin la existencia de un control judicial permanente. La demora en la constitución del Tribunal –dice- causó un daño irreparable que se haría latente mucho después, cuando arreciaron las deserciones y las nuevas tendencias que recusaban la existencia de un tribunal permanente y apostaban por una vuelta al viejo esquema de la mediación pero con un intento de instaurar un mecanismo arbitral para la solución de controversias en su parte más sensible, es decir, en las acciones de incumplimiento de los países miembros por violaciones al derecho comunitario, conforme a la Disposición Transitoria Tercera del Tratado de Creación del Tribunal, modificado por el Protocolo de Cochabamba.

El Tribunal debió nacer en el mismo momento en que se adoptó el Acuerdo de Cartagena que creó la Comunidad, en ese entonces denominado el Grupo Andino. Como bien anotaba un agudo observador, en lugar del exceso de “disposiciones intrascendentes sobre el tratamiento preferencial a los países de menor desarrollo relativo, que a la postre resultaron engorrosas, irritantes y contraproducentes se incurrió en una omisión seria al no incluir un sistema eficaz de solución de controversias que solo se creó 10 años más tarde, cuando ya el daño estaba hecho. Muchos problemas se hubieran evitado si se hubiera actuado a tiempo”.<sup>15</sup> Lo más grave es que en la creación de la UNASUR se ha vuelto a cometer el mismo error.

Por otro lado, en el caso de la Unión Europea la decisión de la supranacionalidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) no se tomó al azar, sino de manera consistente con una clara política para promover la federación de las naciones europeas. Estas facultades supranacionales fueron transferidas al

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por los padres fundadores de la integración, que le confiaron ser el garante de su legalidad.<sup>16</sup>

Habría que recordar constantemente, como se hizo en la Declaración del Cusco que creó la Comunidad Sudamericana de Naciones, el impulso que se imprimió desde el momento mismo de la gesta libertadora, que no fue otro que un encomiable esfuerzo de solidaridad continental. Esos y no otros eran los “colores nativos u originales” de dicha decisión, como en el verso de Shakespeare en el preámbulo de este trabajo. Sin embargo, dos guerras debilitaron el impulso unitario. Conflictos entre pueblos semejantes, terribles querellas de hermanos, según la sentencia de Eurípides, que dividieron en el Plata y en el Pacífico a naciones unidas por la historia y por la raza. La guerra del Paraguay (1865-1870), que preparó el futuro divorcio entre el Brasil y la Argentina y entre la Argentina y la República Oriental del Uruguay, y por otro lado, en la otra orilla del subcontinente, la Guerra del Pacífico entre Chile contra Bolivia y el Perú, cuyos efectos traumáticos se extendieron por más de un siglo y que tuvieron efectos de vasos comunicantes con otros países hermanos y que se han visto reflejados en los constantes movimientos de aproximaciones y de alejamientos, que han impedido, intermitentemente, la concreción de una integración supranacional.<sup>17</sup>

En frase de Jellinek, “el Estado Federal es un Estado soberano formado por una variedad de Estados”. La Argentina luego de la Constitución de 1853 se convirtió en una federación, como lo es también, por cierto, la República Federativa del Brasil y también los Estados Unidos Mexicanos y la República Bolivariana de Venezuela. Y es menester recordarlo, pues el proceso de integración regional ha tenido no sólo a nivel sudamericano sino en general latinoamericano mucho que ver con la naturaleza jurídica de los Estados que pretendía reunir en una sola comunidad de derecho. Federativo, como lo define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es “aquel sistema de varios Estados que, rigiéndose cada uno por sus leyes propias, están sujetos en ciertos casos y circunstancias a las decisiones de un Gobierno central”. Una confederación de todas o la mayor parte de esas repúblicas era, en cierto modo, lo que había antes de la independencia en lo que se conoce como América Latina, es decir, existían varios virreinos independientes entre sí, con legislación uniforme y sujetos a la autoridad central del Rey de España. Con la independencia se impuso el modelo de la “República Unitaria”, en América del Norte, en cambio, triunfó la “República Federal”, que es el mismo camino que parece seguir la Unión Europea.

Este trabajo está orientado a explorar el proceso que llevó a construir esta promesa de mejorar las condiciones de los habitantes de esta América que son los destinatarios primeros y últimos del proceso de integración regional, que luego de larga andadura recién pudo consolidarse su creación con las verdaderas Cartas Constitucionales de la Comunidad Andina que son el Acuerdo de Cartagena y el

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y sus protocolos modificatorios respectivos.

El Acuerdo de Cartagena fue el intento, el último verdaderamente importante, que retomó la perdida vocación de la unidad continental, consolidando, de norte a sur, a Venezuela, Colombia, el Ecuador, el Perú, Bolivia y Chile. Ese Grupo “Andino”, llamado así por la Cordillera que los aglutinaba, debió estar al lado de la República Federativa del Brasil, que constituye una federación en sí misma de las ex colonias portuguesas, y por otro lado la otra federación de la Argentina con el Uruguay y el Paraguay, lo que hubiera consolidado una verdadera unión, en un comienzo en base a los tres grupos subregionales y con una posibilidad de integración física con los restantes países de América del Sur, mediante los corredores bioceánicos y las hidrovías de las cuencas del Amazonas y del Paraná-Río de la Plata.

Lo realmente peligroso del asunto es que estas nuevas formas también conllevan en su esencia, contradictoriamente, un retroceso en la construcción de una verdadera integración al hacer tabla rasa de la precaria institucionalidad como la que después de muchos años y de mucha catequesis se logró dentro de la Comunidad Andina para acceder a la supranacionalidad; cualidad que la distingue de los restantes sistemas de integración regional y que la acerca al de la Unión Europea, que también conserva vivo este desideratum y que se orienta, discretamente, hacia una verdadera federación de naciones bajo ese nombre.

El acuerdo de integración subregional está dirigido no sólo a mejorar el nivel de vida de sus habitantes, sino a eliminar la posibilidad de un conflicto bélico, que fue el catalizador, la razón fundamental, para el nacimiento de la hoy Unión Europea de la que la CAN es seguidora. Dicho sentimiento debería ser recordado constantemente y extenderse para incluir a todos los Estados de América del Sur.

---

1 Véase: Raúl Porras Barrenechea, Raúl Discurso pronunciado, en la VII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Americanos en San José de Costa Rica el 23 de agosto de 1960, citado por Carlos Alzamora, en “La Agonía del Visionario” Ediciones El Virrey, Lima 2000 y el de Víctor Raúl Haya de la Torre con estas palabras, al asumir la Presidencia de la Asamblea Constituyente del Perú: “Nos aguarda la tarea de promover aquella unidad

continental latinoamericana que en el Perú fue motivo de proscripción genocida y que es ahora credo compartido de las mayorías en el Continente” Véase: “Principios Ideológicos y Políticos del Partido Aprista Peruano Víctor Raúl Haya de la Torre Dos discursos programáticos y un mensaje para la Historia” Archivos de Historia Política y Social, Lima, Julio de 2006.

- 2 Mommsen, Theodor. Historia de Roma, Libros I y II, Ediciones Turner, 1983. Págs. 74 y 75.
- 3 Mommsen, Op. cit., Pág. 186.
- 4 Véase: Alonso García, Ricardo. El Juez español y el Derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003. Pág. 214.
- 5 Stein, Meter. Roman Law in European History, Cambridge: Cambridge University Press, 1999. Pág. 11
- 6 Véase: Ortega y Gasset, José: España Invertebrada, Bosquejo de algunos pensamientos históricos. Revista de Occidente en Alianza Editorial, Duodécima Edición 2001.
- 7 Véase: Elie Faure: Historia del Arte. El Espíritu de las Formas. Editorial Poseidón. Buenos Aires, 1944.
- 8 Véase: Vigil Toledo, Ricardo. Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones. Edición No venal. Quito: Arte Gráfica señal, 2006. Pág. 129.
- 9 Es el mayor grupo latinoamericano de integración. Sus doce países miembros comprenden a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, representando en conjunto 20 millones de kilómetros cuadrados y más de 500 millones de habitantes.
- 10 García Calderón, Francisco. Las Democracias Latinas de América y la Creación de un Continente, Caracas : Biblioteca Ayacucho, , 1979. Págs. 225 y sgtes.
- 11 García Calderón, Francisco. Memorias del Cautiverio, Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1949. Pág. 126.
- 12 Véase: Alonso García, Ricardo. Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea, Pamplona: Biblioteca de Legislación Serie. Thomson Civitas, 2008. Pág. 29.
- 13 Véase: Alonso García, Ricardo. Sistema Jurídico de la Unión Europea, 2da Edición, Thomson Civitas, 2007. Págs. 110-111.
- 14 Uribe Restrepo, Fernando. El derecho de la integración en el Grupo Andino, Quito: Arte Gráfica Señal, 1990. Pág. 113.

- 15 Véase: Salgado, Germánico. El Grupo Andino: Eslabón hacia la integración de Sudamérica, Quito: Corporación Editora Nacional, 2007. Pág. 21.
- 16 Véase: Arnall, Anthony. The European Court and Judicial Objectivity: a reply to Profesor Hartley, Union 112 The Law Quarterly Review 95 (1996).
- 17 Dichas confrontaciones tuvieron un efecto de vasos comunicantes. Así, por ejemplo, la Guerra del Pacífico entre Chile con el Perú y Bolivia, que amputó considerables partes del territorio de esos dos países, tuvo también un efecto directo en el conflicto colombo-peruano por el Trapecio Amazónico de la Leticia. Véase al respecto Belaúnde, Víctor Andrés, Obras Completas, Tomo III La Realidad Nacional, paginas 198 a 211, Edición de la Comisión Nacional del Centenario, Lima, 1987.

## **CAPÍTULO I**

### **EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDINO**

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 12 de Noviembre de 1999, recaída en el Proceso 07-AI-99, publicada en la Gaceta Oficial N° 520, de 20 de diciembre de 1999, define que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina “se compone, principalmente, de dos tipos de normas jurídicas: las “originarias”, “primarias” o “constitucionales” que son las contenidas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del TJCA y las normas “derivadas” o “secundarias” que son las contenidas en las Decisiones del Consejo Andino de Cancilleres, de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General”, lo que por lo demás ya había sido definido en la sentencia recaída en el Proceso 1-IP-96, publicado en la Gaceta Oficial N° 257, de 14 de abril de 1997 y en el Proceso 1-AI-96 del 24, publicado en la Gaceta Oficial N° 234, de 21 de noviembre de 1996.

La sentencia antes mencionada no hizo sino clarificar el rango del ordenamiento jurídico comunitario el mismo que se encuentra contenido en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el Capítulo Primero, bajo el Título: “El Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina”, en cuyo artículo 1 dispone textualmente que: “El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende: (a) El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e Instrumentos Adicionales; (b) El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia y sus Protocolos modificatorios; (c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; (d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y, (e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la Integración Subregional Andina”. La sentencia acotada indica, sin embargo, que dichas fuentes legislativas, en el orden enunciado, no son todas sino “principalmente”, pues también hay normas que si bien no tienen fuerza vinculante, por no emanar de los órganos legislativos de la Comunidad, que son el Consejo Andino de Cancilleres y la Comisión de la Comunidad Andina, no por ello dejan de tener un valor complementario y referencial y son parte del ordenamiento jurídico comunitario aunque no tienen el mismo carácter vinculante de las anteriores y constituyen lo que en el derecho anglosajón se conoce con el nombre de “soft law”.<sup>1</sup>

El artículo 6 del Acuerdo de Cartagena, norma fundacional que crea la “Comunidad Andina” como sucesora de lo que fue el Grupo Andino, establece que el



“Sistema Andino de Integración” está conformado por los siguientes órganos e instituciones:

- El Consejo Presidencial Andino;
- El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;
- La Comisión de la Comunidad Andina;
- La Secretaría General de la Comunidad Andina;
- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;
- El Parlamento Andino;
- El Consejo Consultivo Empresarial;
- El Consejo Consultivo Laboral;
- La Corporación Andina de Fomento;
- El Fondo Latinoamericano de Reservas;
- El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo;
- La Universidad Andina Simón Bolívar;
- Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y
- Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

Estos organismos fueron creados, en la mayoría de los casos, al igual que la Comunidad Andina y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por instrumentos internacionales, debidamente ratificados por los respectivos órganos legislativos de los Países Miembros. Esto ha llevado a un sector de la doctrina a cuestionar la sentencia del Tribunal de Justicia del TJCA antes mencionada<sup>2</sup> afirmando que, si bien los convenios que crean estos organismos que conforman el Sistema Andino de Integración (SAI), no están contenidos en el artículo 1º del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, no por ello dejan de ser instrumentos de carácter primario o constitucional ya que “persiguen el mismo objetivo” que los instrumentos a los que el Tratado de Creación del TJCA ha conferido el “status” de derecho primario o “constitucional”, lo que ha sido corroborado por la sentencia del Tribunal de Justicia antes mencionada.

Es difícil compartir esta apreciación ya que, si bien desde un punto de vista teórico los tratados de creación de un organismo son su “constitución” o “estatuto”, ello es válido en relación con los miembros de dichos organismos y con terceros pero no con respecto a las normas de la Comunidad Andina, ya que tanto el Tratado de Creación del TJCA como la sentencia antes acotada señalan, con meridiana claridad, la jerarquía de las normas vinculantes en su aplicación e interpretación. Sin embargo, una norma constitutiva de cualquiera de los organismos que conforman el Sistema Andino de Integración no podría ser modificada ni alterada por una decisión de los órganos comunitarios con capacidad de promulgar decisiones vinculantes, porque carecerían de competencia para ello, como son el Consejo Andino de Cancilleres y la Comisión de la Comunidad Andina, pero si existiera conflicto entre una norma de aquellas y alguna de las señaladas como “primarias” o aún las “secundarias” de la Comunidad Andina primarían éstas últimas, que son normas comunitarias a diferencia de las constitutivas de los órganos del Sistema Andino de Integración, que si bien crean órganos que pueden o no ser parte del Sistema Andino de Integración, no dejan por ello de ser normas sujetas al derecho internacional.

Son solamente los tratados constitutivos de la Comunidad Andina y del Tribunal de Justicia, junto a sus ampliatorias y modificatorias, los que han creado un nuevo ordenamiento jurídico en virtud del cual los Países Miembros han limitado, en ciertos ámbitos, sus derechos de soberanía y donde los sujetos de dicho derecho no son sólo los países sino también los nacionales de todos y cada uno de esos Países Miembros. Distintos son los tratados constitutivos del resto de los organismos que conforman el Sistema Andino de Integración, creados “para profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración”.

Solo a los primeros, salvo el Consejo Presidencial Andino, que emite directivas de carácter político, les ha sido otorgado el carácter de derecho primario o “constitucional” en la sentencia arriba mencionada, porque ellos son los que están investidos de la facultad de promulgar normas vinculantes para todos los Países Miembros que gozan de primacía de aplicación inmediata y efecto directo con respecto al derecho nacional de los Países Miembros y aún de los tratados que pudieran haber celebrado dichos Países Miembros con terceros países. Esos organismos son: el Consejo Andino de Cancilleres, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General, cuando promulga normas de alcance general, y el Tribunal Andino cuando por vía pretoriana interpreta las normas comunitarias como garante que es de la legalidad de su ordenamiento jurídico. Es también en el marco de ese ordenamiento jurídico, y en aspectos puntuales, en el que la Secretaría General juega un papel esencial como órgano ejecutivo y técnico de la Comunidad Andina.

Los tratados constitutivos de los otros órganos que conforman el Sistema Andino de Integración no constituyen por ello, con relación al derecho comunitario andino, derecho “primario” o “constitucional”, si bien lo son con relación al derecho nacional de cada uno de los países que los conforman y también frente a las disposiciones nacionales de los Países Miembros que puedan oponerse a lo dispuesto en los tratados constitutivos de dichos organismos.

El órgano legislativo, por así decirlo, o más propiamente la fuente de decisiones vinculantes para todos los Países Miembros reposa en los órganos antes mencionados, en tanto no se le otorguen facultades legislativas al Parlamento Andino que, por el momento, es solo un órgano deliberante de la Comunidad, sin facultades de adoptar decisiones vinculantes, aunque puede participar en la generación normativa del proceso de integración proponiendo proyectos de normas sobre temas de interés común para su incorporación en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina y para promover la armonización de las legislaciones de los Países Miembros, entre otros.

Los otros órganos del Sistema Andino de Integración son autónomos y se rigen por sus respectivos tratados de creación; tienen por finalidad lograr una coordinación efectiva de los órganos e instituciones del sistema para “profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración” conforme señala el artículo 7 del Acuerdo de Cartagena, pero la declaración del derecho comunitario andino está confiada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, creado por el Tratado adoptado en Cartagena de Indias, Colombia, el 28 de Mayo de 1979 y modificado por los Protocolos de Trujillo, Perú, del 10 de marzo de 1996 y por el Protocolo de Cochabamba del 25 de Agosto de 1999, codificados por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, por mandato de la Disposición Transitoria Tercera del Protocolo de Cochabamba, en base a una propuesta de decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. También tiene competencia en ello, en parte, la Secretaría General de la Comunidad Andina.<sup>3</sup>

## **1. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA COMUNIDAD ANDINA**

El proyecto de la creación de la actual Comunidad Andina nació de una iniciativa del entonces Presidente de Colombia, don Carlos Lleras Restrepo, secundada muy pronto por el Presidente de Chile, Eduardo Frei Montalvo, como lo recuerda

nítidamente otro de sus grandes propulsores el Embajador del Perú Carlos Alzamora Traverso<sup>4</sup>, quienes estimaban que resultaba necesario ampliar los mercados de sus productos para que resultaran competitivos a escala mundial y que para ello era necesario reunir, integrar comercialmente, a Bolivia, Colombia, el Ecuador, Chile, el Perú y Venezuela, y abrir la posibilidad de crear un mercado de 130 millones de habitantes.

No hacía el ilustre presidente colombiano sino retomar lo que más de un siglo atrás había sido la partida de nacimiento del ideal de la integración regional, en el Congreso Anfictiónico de Panamá, donde se había lanzado la creación del “zollverein”, que no era otra cosa que una unión aduanera como partida de nacimiento de una integración subregional. No Olvidaba tampoco que sólo Colombia había ratificado dicho tratado, y que de haberse adoptado en su momento por las restantes naciones, habría evitado dolorosas amputaciones territoriales de varios de aquellos mismos países como resultado de las fratricidas conflagraciones que desdibujaron el mapa de la América del Sur.

Con la Declaración de Bogotá de fecha 16 de agosto de 1966 se iniciaron las negociaciones, que culminarían con la firma del Acuerdo de Integración Subregional en la ciudad de Bogotá, el 26 de mayo de 1969, por Bolivia, Colombia, Chile, el Ecuador y el Perú, que luego fue denominado Acuerdo de Cartagena cuando fue declarado por la ALALC compatible con el Tratado de Montevideo de 1960 y se eligió el nombre de Grupo Andino recordando que es la Cordillera la que aglutina a los países de la cuenca del Océano Pacífico al separarlos de aquellos otros de la cuenca del Océano Atlántico, con los que se quiso reunir en los proyectos de la Comunidad Sudamericana de Naciones y, recientemente, en la UNASUR, la Unión de Naciones Suramericanas.

Sin embargo, el Acuerdo nació cojo, al no haberse establecido, desde el mismo momento en que renacía ese embrión de la integración subregional, un garante de su legalidad como se había hecho en Europa. Lo único que se hizo, a solicitud de la entonces Junta del Acuerdo de Cartagena, fue encargar diversos estudios, entre los que habría que destacar el denominado “Los Métodos para la Solución de Conflictos y para asegurar la vigencia del Derecho en los procesos de integración económica”.

El primigenio Acuerdo de Cartagena contenía un mecanismo poco ambicioso para la solución de controversias que consistía en negociaciones, buenos oficios, mediación y conciliación de acuerdo con el Protocolo de Asunción de la ALAC de 2 de Setiembre de 1967. Podría pensarse que esa falta de resolución en adoptar un verdadero garante de la legalidad de la nueva comunidad de derecho que se estaba creando, que encerraba tan colosal proyecto, tal vez se debiera a que se quiso paliar el

recelo que había producido en los otros integrantes de la ALALC el nacimiento de este nuevo subgrupo regional; a pesar de que aquel procedimiento de solución de controversias había sido pobre en resultados, como era bien conocido por todos.

El Acuerdo así creado contaba sólo con dos órganos principales: la Comisión y la Junta, y en cuanto a la solución de sus controversias, se dejó establecido que la Comisión tenía atribuciones para llevar adelante los buenos oficios, y los procesos de mediación y conciliación que fuesen necesarios, cuando se presentasen discrepancias con motivo de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. En caso de no lograrse dicha solución, ésta debía someterse a los procesos establecidos en el mencionado Protocolo de Asunción del 12 de septiembre de 1967. Era sabido, sin embargo, que la solución de controversias conforme a ese mecanismo era consecuencia de gestiones directamente realizadas entre las autoridades de las partes interesadas y éstas, en la mayoría de los casos, prescindían de un análisis jurídico o de una sustentación técnica amplia o rigurosa. La conclusión de algunos autores es que en la ALALC lo que se buscó fue la solución de los conflictos no a través de una decisión basada en el derecho, sino a través de un acuerdo negociado, teniendo en cuenta el interés de las partes.<sup>5</sup>

Para auscultar la razón de haber elegido la opción de un Tribunal de Justicia Permanente para la solución de las controversias a diferencia de un sistema de arbitraje como el que rige actualmente, entre otros, en la OMC y en el MERCOSUR, habría que remitirse a las motivaciones políticas que, desde el inicio llevaron a los países andinos a concebir la formación de una comunidad, mas que como un acuerdo de libre comercio, como una verdadera integración que apuntara a una unión mucho más profunda. Esto a veces parece olvidarse, pero existía entonces y persiste aún dicho ideal, aunque cada vez de manera más atenuada pero es el que está plasmado en el propio Acuerdo de Cartagena, carta fundamental y verdadera constitución junto con el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del Sistema Andino de Integración, donde en su preámbulo se formula esta bella invocación: *Los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela...RESUELTOS a fortalecer la unión de sus pueblos y sentar las bases para avanzar hacia la formación de una comunidad subregional andina*", para concluir con lo que, a nuestro parecer, constituye el fundamento mismo de la integración andina: *"CONSCIENTES de que la integración constituye un mandato histórico, político, económico, social y cultural de sus países a fin de preservar su soberanía e independencia"*.

Dicho preámbulo materializa la voluntad del Libertador Simón Bolívar expresada en su Carta de Jamaica y en el Congreso Anfictiónico de Panamá, que no era otra que una propuesta de integración con vocación no sólo económica y social sino, sobre todo, política. Para darle forma a este proyecto de integración, los legisladores

andinos se inspiraron en las negociaciones que precedieron a la adopción del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero en Europa que, como es sabido, sus autores, influenciados por los negociadores alemanes, cuando abordaron el tema sensible de la solución de controversias, rechazaron la idea de un tribunal arbitral y se decidieron por un órgano jurisdiccional, es decir, por un poder judicial al interior de la Comunidad que haría de los Estados Miembros y de las instituciones comunitarias y, en general de los particulares, sujetos justiciables de ese tribunal.

## **2. EL TRATADO Y SUS PROTOCOLOS MODIFICATORIOS**

Para subsanar la gruesa omisión de no haber establecido un garante de la legalidad correspondería nuevamente a Colombia el privilegio, aparte de la iniciativa de la creación del Grupo Andino, de impulsar la creación de un tribunal permanente de justicia para el Acuerdo de Cartagena. Así la Comisión, reunida en su sexto período extraordinario de sesiones del 9 al 18 de diciembre de 1971, dejó expresa constancia de esa necesidad, lo que fue luego corroborado por todos los Presidentes del Grupo Andino reunidos en Colombia en 1978 donde formularon esta histórica declaración:

*“Hemos llegado a la conclusión de que los avances registrados en el Proceso de Integración Andina demuestran la importancia de contar con un Órgano Jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas por la Comisión y la Junta, y dirima las controversias sobre el incumplimiento de las obligaciones de los Países Miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo.”*

Dicho tratado debía entrar en vigor con la última ratificación de los países miembros, y esto aconteció el 19 de mayo de 1983, cuando Venezuela depositó la última ratificación del Tratado constitutivo. El Tribunal Andino empezó a funcionar el 2 de enero de 1984, siendo los primeros magistrados los doctores Poppe por Bolivia, SÁCHICA por Colombia, Hurtado por el Ecuador, Ortiz de Sebillos por el Perú y Andueza por Venezuela.

El 5 de enero de 1984 el Presidente Constitucional de la República del Ecuador, Dr. Osvaldo Hurtado, procedió a la solemne puesta en funcionamiento del Tribunal, en cuya oportunidad señaló lo siguiente:

*“Los esfuerzos desplegados por los países andinos no han sido vanos. Hoy, en 1984, afortunadamente se han concretado en la iniciación de funciones de este Alto Tribunal de Justicia que, en sus actuaciones, consagra el principio de la supranacionalidad pues sus Magistrados actúan con plena independencia de los Países Partes, y sus actos se fundamentan en los principios de la imparcialidad y la autonomía.*

*Nuestra subregión ofrece, a este modo, un nuevo derecho en el ámbito latinoamericano, ya que el Tribunal tendrá las funciones de controlar la legalidad, solucionar los conflictos que se presenten entre las partes y ofrecer la interpretación unitaria del Derecho.”*

Con esas palabras, el Presidente ecuatoriano confirmaba la naturaleza supranacional de la Comunidad por virtud, precisamente, de contar con un organismo jurisdiccional autónomo e independiente cuyas decisiones, adoptadas, bien por unanimidad o por mayoría, serían vinculantes y de ineludible cumplimiento sin necesidad de homologación alguna o de un exequátur.

Así, la frecuencia de las violaciones al derecho de integración fue creciente con el tiempo, hasta alcanzar proporciones realmente paralizantes durante la crisis financiera que por ese entonces azotó a la subregión. En el fondo, revelaba inmadurez institucional y es una de las debilidades más serias con las que puede tropezar un proceso de integración coesencial, cuya primera condición para mantenerse y progresar es contar con un mínimo de seguridad jurídica.

Con la histórica creación del Tribunal Andino de Justicia se pensó que el esquema para América del Sur empezaría a acercarse al de la Unión Europea, con las ventajas comparativas que le ofrecía su historia compartida, su mismo idioma y una misma estructura jurídica que serían los pilares fundamentales, los cimientos para la construcción de la tan ansiada integración. Sin embargo, una vez más vuelve a repetirse la historia con el novísimo tratado de la UNASUR que constituye un verdadero retroceso en lo que a la profundización de la integración se refiere. Otra oportunidad perdida, como tantas otras veces, y cuando todo parecía indicar que se había aquilatado la experiencia del Grupo Andino, del Tratado de Montevideo o del funcionamiento del MERCOSUR y se esperaba el paso adelante en firme en la construcción de la tan ansiada integración de la América del Sur.

La suerte del futuro de la Comunidad Andina y del compromiso de la integración sudamericana en general, estaría echada si es que no se corrige pronto el

derrotero que se ha querido imprimir en este nuevo intento, que una vez mas vuelve a incurrir en los mismos errores del pasado, como las que manifestó en su oportunidad quien fuera Presidente y destacado Magistrado del Tribunal Andino, el Dr. Fernando Uribe Restrepo y que desde otra perspectiva, también lo señalara otro de los fundadores de la integración andina, el Embajador del Perú Carlos Alzamora Traverso con este asaz agudo comentario:

“Tres cosas contribuyeron a debilitar el proyecto andino: la programación industrial que con tan poco realismo impuso el Perú y que lo desvió de sus metas comerciales originales; las sucesivas renegociaciones de todo lo actuado por el retiro de Chile y Venezuela; y el sabotaje neoliberal de quienes no se atrevieron a retirarse del Acuerdo pero hicieron lo posible por paralizarlo o destruirlo, y que, además, aprovecharon los pretextos de la globalización y el libre comercio para dismantelar lo que en el fondo era una estructura de supervivencia, que debía galvanizar la unidad de seis pueblos hermanos y proyectarlos con fe hacia un futuro provisor, en el que toda una generación de andinos había depositado sus más caras esperanzas.”<sup>6</sup>

Estas reflexiones las agrupaba el autor bajo el subtítulo de la “ilusión abandonada” que sintetiza los porfiados intentos de esta reunificación tantas veces prometida y tantas veces defraudada hasta casi convertirla en un sueño. Habría que recordar sin embargo, como en el verso de Shakespeare, que la ilusión o la esperanza es la sustancia de la que están hechos los sueños y que éstos a veces se cumplen como fue recientemente el de Martin Luther King, en los Estados Unidos de América con la elección a la presidencia de ese país de Barack Obama.

### **3. EL CAMBIO DE PARADIGMA: DE LA INTERGUBERNAMENTALIDAD A LA SUPRANACIONALIDAD**

Es conocido que la gran barrera que divide los procesos de integración en general y de América Latina en especial, es la diferencia entre aquellos que se orientan hacia una integración más profunda basada en la “supranacionalidad”, aunque sea parcialmente, como es el caso de la Unión Europea y el de la Comunidad Andina, en este último caso a partir de la entrada en vigor del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con aquellos que tienen su base en la “intergubernamentalidad”; es decir, sólo en la cooperación interestatal, sin la necesaria transferencia o limitación parcial de soberanía a otro ente que agrupe a los <sup>otros</sup> países que libremente han convenido en asociarse para crear una nueva comunidad de derecho para lograr una integración regional o subregional.



Esta dicotomía se pone de manifiesto, especialmente, en la manera de afrontar el mecanismo para la solución de controversias entre la opción de un tribunal de justicia permanente con facultades supranacionales y el mecanismo tradicional, intergubernamental, del trato directo, los buenos oficios y la mediación y el arbitraje. Este último mecanismo se quiso reintroducir, de soslayo, en el caso de la Comunidad Andina, felizmente sin éxito, cuando hubo un amago para optar por esa alternativa que, si bien felizmente quedó rechazada, refleja la imprudencia con que a veces se tratan aspectos medulares que afectan a la esencia misma del proceso de integración.<sup>7</sup>

Ello revela un pobre conocimiento de las garantías constitucionales que otorga el Derecho primario comunitario, inspirado en el derecho primario de la Unión Europea y recogido en el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, o el ánimo perverso de retornar al statu quo ante para desmontar lo que con tanto esfuerzo y persistencia se ha conseguido para fortalecer y hacer viable una aproximación seria a una integración no solo económica, sino fundamentalmente política.<sup>8</sup> Ahora, como si nada hubiese ocurrido, se ha querido insistir en repetir el viejo modelo que tan escasos y pobres resultados había dado.

“Supranacionalidad” etimológicamente significa lo que está “sobre” o “por encima” de la nación, y el término no resulta exacto si se piensa que el nuevo ente supuestamente transnacional, - la comunidad integrada -, existe tan solo gracias al apoyo político de los Estados miembros y que éstos conservan en todo momento una jurisdicción o competencia interna que les garantiza la continuidad como titulares exclusivos del poder político”.<sup>9</sup> Ricardo Alonso García sostiene que “en esencia la supranacionalidad es un fenómeno tras el que subyace el fenómeno de la cesión de soberanía a favor de una organización (con la siguiente conexión directa entre ésta y el ciudadano) y que gira en torno a cuatro cuestiones: 1) quien decide, (la estructura política de la propia organización); 2) cómo decide (mediante unas reglas de funcionamiento que escapan del control individual, y por tanto soberano de los Estados Miembros de la organización 3) control sobre lo decidido (en manos de una estructura jurisdiccional también propia de la organización); y, 4) efectos de lo decidido (vinculantes para los Estados Miembros y sus ciudadanos en términos de eficacia directa y primacía derivados del propio ordenamiento de la organización).”

Como contraposición a la supranacionalidad, añade, la intergubernamentalidad corresponde a las organizaciones internacionales de corte clásico donde la respuesta a las mencionadas cuestiones se encontraría en la voluntad última y soberana de los representantes de las partes contratantes, auténticas protagonistas del “pacto interestatal” en detrimento de los ciudadanos.<sup>10</sup>

La supranacionalidad fue utilizada en los inicios de la integración europea y así se indica en el artículo 9 del Tratado de París de 18 de Abril de 1951 que califica como tal a la Alta Autoridad. Schumann lo definió con claridad: “Lo supranacional se sitúa a igual distancia, de una parte, del individualismo internacional, que considera como intangible la soberanía nacional y que sólo acepta como limitaciones de esa soberanía las obligaciones contractuales revocables y del federalismo de Estado de otra parte, que se subordina a un súper estado dotado de soberanía territorial propia”.<sup>11</sup> Como afirma José Luis Iglesias Buhigues, “en rigor basta que uno de los países quede obligado por una decisión que él no ha suscrito para que pueda hablarse de procedimiento autónomo y de mecanismo supranacional”<sup>12</sup>. En síntesis, para que pueda hablarse de “supranacionalidad” se requiere, en primer término, el reconocimiento solemne y la formulación precisa, por parte de los Estados que la integran, de una serie de intereses y de valores comunes. El proceso todo adquiere así un sentido instrumental finalista o teleológico. En segundo lugar se precisa la entronización de un poder efectivo y autónomo puesto al servicio de esos intereses comunes y de esos valores compartidos<sup>13</sup>.

Los autores Henry Schermers y Niels Blokker señalan seis características o requisitos para que una determinada organización internacional pueda tener carácter supranacional: a saber: que pueda tomar decisiones que obliguen a otros países; que mantengan la independencia, al menos parcial, de los Estados miembros que la conforman; que puedan promulgar disposiciones que obliguen a otros países; que posea el poder de ejecutar o implementar sus decisiones; que posea una cierta autonomía financiera; y, finalmente, que no sea posible el retiro unilateral por parte de alguno de sus miembros.<sup>14</sup>

Estos requisitos sin embargo se refieren a una federación, es decir, a un proceso de integración concluido y por lo tanto convertido en una “unión”, y no a los procesos de integración regional, como son el de la Unión Europea y el de la Comunidad Andina, entre otros, que se sostienen en diferentes “pilares” por decirlo en la forma gráfica de un frontis de un teatro griego, fórmula que ha alcanzado fortuna metodológica para explicar la estructura de la Unión Europea, donde dos de los pilares tienen base supranacional -el de las relaciones económicas y la Cooperación en los ámbitos de la Justicia y los Asuntos del Interior-, mientras que otro, el de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) tiene base intergubernamental.

La diferencia de un proceso de integración con una federación reposa, básicamente, en que no sería de aplicación la imposibilidad de retiro, señalado en el esquema de Schermers y Blokker, que si bien sería impensable en una conformada “unión” o “federación”, sería prematuro e inconveniente en un proceso de integración donde se está gestando dicha unión y donde, eventualmente, se convertiría en el

último requisito para la construcción de una federación perfecta o de una perfecta unión. Sin embargo, las cinco primeras son válidas y actualmente se dan en el caso de la Unión Europea y en el de la Comunidad Andina.

El Profesor Ronald L. Watts<sup>15</sup> sostiene que en la actualidad hay 24 federaciones en el mundo (que suponen el 40% de la población mundial) y que un rasgo distintivo de su popularidad en el mundo contemporáneo es que su aplicación ha adoptado una interesante diversidad de formas que incluyen nuevas variantes e innovadoras aplicaciones institucionales y funcionales. Define la federación como “aquella formación estatal que a través del reparto de poder entre las instituciones centrales y de los Estados miembros, con base a sus respectivas constituciones, promueve la integración de las diferentes entidades territoriales, respetando su diversidad y observando la imprescindible unidad estatal”.<sup>16</sup> Señala que hay dos tipos de federalismo: el que se forma por concentración o “interactivo” como el de los Estados Unidos de América y el federalismo “desintegrativo”, que es el protagonizado por un Estado formalmente unitario que procede a su desintegración convirtiendo a sus entidades territoriales en diferentes estados miembros, que sería el caso del Brasil y México.

El origen de los Estados federales en dos etapas tiene como punto de inflexión el año 1787, fecha de la promulgación de la Constitución de los Estados Unidos de América, luego de la emancipación de las 13 colonias, que impulsaría la elaboración de una constitución federal sobre dos pilares: el republicanismo y el federalismo.<sup>17</sup> La Confederación Helvética, o más propiamente Suiza, es también un ejemplo del Estado federal que se sostiene bajo tres pilares supranacionales, muy parecido o fuertemente influenciado por el estadounidense, con una democracia directa y con una forma de gobierno por medio de una Asamblea. España aparece como la más perfecta federación de todas ellas. Sin embargo, Watts llega a la conclusión que no existe un modelo puro de federación que sea aplicable en todas partes.<sup>18</sup>

En América Latina hubo varios intentos por construir una gran federación, como la soñó Víctor Raúl Haya de la Torre bajo el nombre de “Indoamérica” para unir a toda la comunidad hispano-luso-americana desde el Río Grande a la Tierra del Fuego. De hecho en la actualidad existen varias federaciones como son la de la Argentina, el Brasil, México y Venezuela que, además han impulsado, de manera constante, la integración regional a través de grupos subregionales. En el concierto internacional, en el sistema de Naciones Unidas existe, de hecho, un mecanismo de cooperación entre todos los países latinoamericanos bajo el nombre de GRULA (Grupo Latinoamericano) para distinguirlo de los otros grupos regionales.

Hay también una nueva tendencia de las actuales federaciones a convertirse en miembros constituyentes de federaciones más amplias o de organizaciones supranacionales. Ejemplos ilustrativos serían Alemania, Bélgica y Austria dentro de la Unión Europea. Para complicar más el asunto está el BENELUX ( Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo), uno de cuyos miembros es, a su vez, una federación (Bélgica) y representa a dicha federación frente a una confederación mayor que es la Unión Europea. En el caso de América, los tres socios del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) son en verdad, cada uno de ellos, federaciones. Watts concluye que se puede reseñar una creciente vocación a tomar parte en los tres, incluso cuatro, niveles de organización federal que persiguen reconciliar los impulsos supranacionales, nacionales, regionales y locales con el objeto de maximizar las preferencias de los ciudadanos.<sup>19</sup>

Un rasgo notable del mundo contemporáneo es la pertenencia a un buen número de federaciones insertadas en organizaciones federales más amplias.<sup>20</sup> Otro ejemplo aparte de Alemania, Bélgica y Austria es España, donde todos ellos son miembros de la Unión Europea: “un híbrido con carácter predominantemente confederal pero que incorpora algunas características de una federación” en palabras de Watts, lo que en ocasiones se ha convertido en una fuente de conflictos y también de alguna manera ha influido en la renuencia de Suiza a integrarse en la Unión Europea. Otros casos, como el mencionado del TLCAN, serían el caso de Malasia en la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) y los de la India y el Pakistán en la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional (SAARC).<sup>21</sup>

En síntesis, para que pueda hablarse de “supranacionalidad” se requiere, en primer término, el reconocimiento solemne y la formulación precisa por parte de los Estados que se integran de una serie de intereses y de valores comunes, con lo que todo el proceso adquiere así un sentido instrumental finalista o teleológico, y en segundo lugar se precisa la entronización de un poder efectivo y autónomo puesto al servicio de esos intereses comunes y de esos valores compartidos.<sup>22</sup>

#### **4. ANÁLISIS COMPARATIVO CON OTROS TRIBUNALES REGIONALES E INTERNACIONALES DE CARÁCTER SUPRANACIONAL.**

Durante mucho tiempo el principio fundamental en la solución de controversias entre Estados soberanos había sido el declarado por la entonces Corte Permanente de Justicia Internacional, en la opinión que expresara sobre la condición de la Carelia Oriental (1923 P.C.I.J.) que puede ser resumida como que ningún Estado o país puede ser obligado, sin su consentimiento, a someter sus disputas a un arbitraje o a alguna otra modalidad de solución pacífica de controversias. Este paradigma, el del

consentimiento, ha ido paulatinamente evolucionando, especialmente con la creación de cortes supranacionales en las que no se requiere el consentimiento previo de los Estados nacionales que forman parte de una comunidad de derecho para que una corte creada por ellos mismos pueda radicar jurisdicción y hacer cumplir sus fallos sin necesidad de un exequátur u homologación por parte de los Estados nacionales.

El tratadista Cesare Romano<sup>23</sup> señala que actualmente existen los siguientes tribunales supranacionales activos: La Corte Internacional de Justicia de la Haya; el Tribunal de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar; la Organización Mundial del Comercio; el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia; el Tribunal Penal Internacional para Rwanda; la Corte Penal Internacional; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo); la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Costa Rica); el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; el Tribunal del Acuerdo Europeo de Libre Comercio; el Tribunal de Justicia del Mercado Común del África Meridional y Oriental; el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; y, el Tribunal del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

El tránsito de la intergubernamentalidad a la supranacionalidad, dice, ha sido silencioso, que se ha venido construyendo a lo largo de dos siglos y por eso ha pasado casi inadvertido.<sup>24</sup> Recuerda que el padre de la supranacionalidad en los mecanismos de solución de controversias fue Emmanuel Kant (1724-1804), y el primero en abogar por una jurisdicción internacional permanente, vinculante, preceptiva, y sin necesidad de obtener el consentimiento de la otra parte.

Antes solo existía el arbitraje en el que los Estados podían ejercerlo de dos maneras: el ad hoc (también llamado compromiso) o el ante hoc, mediante tratados que incluían una cláusula compromisoria para resolver cualquier diferencia que se produjera en la aplicación o interpretación del tratado específico. Era, en sus palabras, una promesa desnuda o, en otras palabras, un “acuerdo para acordar”.

Si bien ya en 1899 se había creado la Corte Permanente de Arbitraje, fue solo después de la Primera Guerra Mundial, con el advenimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que se creó juntamente con la Sociedad de las Naciones, cuando puede decir que se inicia propiamente el cambio de paradigma. Como se sabe, nunca se indicó si el sometimiento de los países miembros a su competencia y jurisdicción debía ser consensual u obligatorio y ello ocasionó tanto el fracaso de la Liga de las Naciones como el de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Las grandes potencias siempre habían querido retener ese rezago de soberanía, a diferencia de otras como Bélgica, Portugal y los Países Latinoamericanos, que veían el paradigma obligatorio más conveniente, ya que podían someter sus diferencias con

países más poderosos a la Corte sin esperar su consentimiento expreso. Esto dio lugar a la “Cláusula Opcional” en la cual se introducía la posibilidad de acudir a la jurisdicción de la Corte –“an agreement to agree”- que los Estados eran libres de incluirla o no en sus tratados.

El cambio sustancial del paradigma vendría luego de la Segunda Guerra Mundial, lo que confirma el infausto axioma de que solo luego de violentas conflagraciones como las guerras, que la comunidad internacional toma la decisión de instituir un garante de la legalidad para fortalecer el estado de derecho. Es sólo después de aquella guerra y sobre todo para evitar que se repitiera, cuando el genio de dos visionarios sembraron la semilla para erradicar el paradigma con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, que luego se convertiría en las Comunidades Europeas y más tarde de manera algo prematura, en la actual Unión Europea, organizada en un esquema republicano con la clásica división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial. Esta magnífica construcción muy pronto habría de ser seguida, aunque quedándose a medio camino la creación de la Comunidad Andina, y en menor grado con el MERCOSUR, seguida de un retroceso al tratar de unir la Comunidad Andina, con el MERCOSUR incorporando a la Guyana y el Surinam en la UNASUR, en base a un acuerdo de naturaleza íntegramente intergubernamental.

El principio del “consentimiento” es una regla básica del derecho internacional Público y es lo que diferencia la competencia de las cortes nacionales o domésticas donde la jurisdicción de las mismas es preceptiva y obligatoria, mientras que el “consentimiento” se inserta en el principio de soberanía y de igualdad entre Estados.<sup>25</sup> Sin embargo este principio, sólidamente establecido desde principios del siglo pasado ha venido siendo erosionado desde que la Carta de las Naciones Unidas prohibió el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y las naciones debieron buscar una solución a sus controversias dentro de un esquema pacífico. En el siglo pasado y en el presente ha habido, sin embargo, un cambio fundamental en este paradigma hacia la jurisdicción preceptiva. No es que haya desaparecido la teoría del consentimiento, pero Cesare Romano, autor e interprete del derecho internacional, se pregunta si el principio del consentimiento continúa siendo válido o desempeñando una función en el orden del derecho internacional.<sup>26</sup>

No hay que confundir el término “supranacional” con la ley “internacional” que muchas veces no tiene la fuerza coercitiva para hacer cumplir sus fallos. Tal es el caso de la Corte Internacional de Justicia, nada menos. El término “supranacional” no tiene una definición precisa pero generalmente se utiliza para designar a una organización internacional que puede ejercer directamente poderes sobre competencias que estarían reservadas exclusivamente para los Estados. Esta cualidad proviene naturalmente de una cesión parcial de soberanía, generalmente por medio de un

mandato irrevocable en tanto y en cuanto el Estado soberano que la otorgue continúe siendo parte del organismo internacional a quien ha hecho esa cesión parcial de soberanía, mediante un mandato irrevocable, mientras dure su permanencia en dicho organismo. No hay que confundir sin embargo esta transferencia parcial de soberanía con una delegación de poderes o funciones que puede conferir un Estado soberano a un organismo internacional, lo que es por esencia revocable.

El artículo 50 del TUE señala que:

*“1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión. 2. El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo. 3. Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo. 4. A efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten. La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 5. Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49”.*

El Acuerdo de Cartagena si bien admite la revocatoria de la cesión parcial de soberanía en el acto de retiro, subsisten con el mismo carácter de irrevocables, los mandatos específicos que ha señalado el Tribunal Andino de Justicia en la interpretación del artículo 135 del Acuerdo de Cartagena. Sin embargo en tales casos, si se produjera una controversia en la aplicación o la interpretación de aquellos artículos cuya vigencia se extendería por un plazo de cinco años desde la fecha de la denuncia, tendría que ventilarse en base al mecanismo de solución de controversias de la ALADI como lo ha señalado específicamente la sentencia del Tribunal Andino de Justicia, declinando su eventual jurisdicción en tales casos.<sup>27</sup>

En este sentido la normativa andina no estaría en línea con las disposiciones de la OMC, ya que en ésta, si bien se permite expresamente que cualquiera de sus miembros pueda retirarse unilateralmente de la organización, los poderes o mandatos conferidos por los Estados Miembros a la OMC en el Entendimiento de Solución de Diferencias, respecto de algún caso en particular, mantienen el carácter de irrevocable y la decisión de su Panel Arbitral o del Órgano de Apelación es vinculante y de cumplimiento inexorable.

En la Comunidad Andina, en el caso del retiro de un país miembro, no existe prórroga de la jurisdicción del Tribunal Andino de Justicia, como el propio Tribunal lo ha decidido teniendo en consideración, sin duda, las garantías del debido proceso que debe tener el país que se ha retirado del organismo comunitario y que por ende no participaría en ninguno de sus organismos.

Grievés sostiene que la mejor manera de entender la distinta naturaleza de una organización supranacional es colocarla en espectro que va de una “organización internacional a una organización federal”, y recuerda que el término “supranacional” fue acuñado por primera vez en el artículo 9 (5) el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero que daría lugar a la creación de la Comunidad Económica Europea cuando señala que “Los Miembros de la Alta Autoridad se abstendrán de cualquier acción que sea incompatible con el carácter supranacional de sus funciones”.<sup>28</sup>

## **5. EL CASO DE LA COMUNIDAD ANDINA Y LOS OTROS PROCESOS REGIONALES SUDAMERICANOS.**

La barrera que divide los procesos de integración en América Latina no es nada mas ni nada menos que el salto cualitativo de la intergubernamentalidad a la supranacionalidad. El de la Comunidad Andina tiene una base supranacional, aunque parcial, lo mismo que el de la Unión Europea; pero los otros sistemas de integración regional, como el del MERCOSUR y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y ahora último la UNASUR, mantienen una base intergubernamental basada en la cooperación, lo que se refleja, de manera nítida, en sus respectivos mecanismos de solución de controversias.

En el caso de la Comunidad Andina fue un proceso paulatino que si bien se inició con la delegación de poderes por los países que la conforman en la Comisión y



en el Consejo Andino de Cancilleres, facultándolos para expedir normas comunitarias que tuvieran carácter supranacional y en consecuencia que fueran de aplicación inmediata sin necesidad de homologación y con primacía en caso de que se opusieran a las legislaciones nacionales de los Países Miembros, finalmente se consolidó este carácter con la creación de un ente como garante de esa legalidad: el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en cuyo tratado se establecieron los rasgos sustantivos de su carácter supranacional.

### **5.1. Aprobación de Decisiones por la Comisión de la Comunidad Andina.**

La regla general de votación y aprobación de propuestas por la Comisión consagrada en el Artículo 26 del Acuerdo de Cartagena, es el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros, es decir, tres (03) Países Miembros. El voto desfavorable o negativo de un País Miembro no puede impedir, por regla general, la aprobación de una Decisión en la Comisión. Las excepciones a esta regla general están establecidas en el mismo Artículo 26 para ciertas materias de importancia especial para el proceso de integración, donde no puede haber, en primera vuelta, voto negativo.

La historia legislativa del Acuerdo de Cartagena y Protocolos modificatorios (Protocolo de Lima de 1976 y el Protocolo de Trujillo de 1996) muestra claramente que las excepciones a la regla general hacen más complejo el proceso de aprobación de determinadas materias. Sin embargo, los Países Miembros han establecido en el Acuerdo y en posteriores reformas, algunas reglas para impedir vetos permanentes sobre dichas materias, mediante el establecimiento de procedimientos de “segunda vuelta” cuando se presentan votos negativos que impidan en determinado momento la aprobación de algunas Decisiones.

En la medida en que el Protocolo de Trujillo (1996) trasladó los dos párrafos de procedimiento especial de “segunda vuelta” que formaban parte de literal sobre los Programas Sectoriales de Desarrollo Industrial a un artículo general e independiente (párrafos 2 y 3 del actual 27 del Acuerdo), este procedimiento de “segunda vuelta” es aplicable a las materias previstas en el Anexo I y a los Programas y Proyectos de Desarrollo Industrial.

Para materias específicas del Anexo I (tales como el Arancel Externo, las reformas al régimen común de propiedad intelectual, o la aprobación de propuestas presentadas por un País Miembro), si bien no pueden ser aprobadas en primera vuelta –prima facie- de presentarse algún voto negativo según el Artículo 26, las propuestas

que sean votadas negativamente serán devueltas al proponente y, en un plazo no menor de un mes ni mayor de tres, el proponente elevará nuevamente la propuesta a consideración de la Comisión con las modificaciones que estime oportunas de conformidad con el Artículo 27 y, en tal caso, la propuesta así modificada se entenderá aprobada si cuenta con el voto favorable de la mayoría absoluta de los Países Miembros.

Las características que definen la supranacionalidad de su proceso de integración fueron consignadas originalmente en el propio Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia en sus artículos 2 y 3 que fueron luego recogidas y aplicadas en dos sentencias que, aunque no hicieron sino aplicar lo que el Tratado disponía, cumplieron con hacer más explícita las características fundamentales del Derecho comunitario como lo habían hecho en la Unión Europea las decisiones del Tribunal de Luxemburgo.

En el Proceso 02-AN-86<sup>29</sup>, publicado en la Gaceta Oficial N° 21, de 15 de julio de 1987, el Tribunal Andino de Justicia señaló que *“ha de tenerse en cuenta, además, que el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros, y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de derecho cual es la constituida en el Pacto Andino.”* Para continuar luego afirmando que *“esta consideración cobra la debida relevancia en las previsiones del Tratado Constitutivo del Tribunal, que al haberlo instituido como el órgano jurisdiccional con capacidad para declarar el derecho comunitario, dirimir controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, es decir, como órgano del control de la legalidad en el Acuerdo, en su artículo 5 es taxativo al disponer que “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”*

La otra sentencia fue la del 24 de Marzo de 1997, en el Proceso 03-AI-96<sup>30</sup>, publicada en la Gaceta Oficial N° 261, de 29 de abril de 1997, donde el Tribunal, con apego a los más autorizados criterios doctrinarios, destacó la importancia de estas características hasta el punto de considerar que la existencia misma del derecho comunitario andino dependía de la presencia de tales atributos, expresando que “La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta, tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes

de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino.

El Tratado de Creación del Tribunal establece ahora, luego de las modificaciones de los Protocolos de Trujillo y de Cochabamba, lo siguiente:

***“Artículo 1.- El Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina comprende:***

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e instrumentos adicionales;*
- b) El Presente Tratado y sus Protocolos modificatorios*
- c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;*
- d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y*
- e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración andina.*

***Artículo 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina.***

***Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.***

***“Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.”***

***Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegura el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.***

*Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”*

Se desprende de lo anterior que las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, cualquiera que sea su forma (tratados, protocolos, acuerdos, convenios o resoluciones) son, por regla general, de efecto directo y aplicación inmediata en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena; lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por parte de los Países Miembros, los órganos del Acuerdo y los particulares. El otro elemento que las caracteriza es el de su preeminencia, esto es, aquella virtualidad que tienen sus normas de prevalecer sobre las de derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas.

En aplicación y como corolario de los principios y características anteriormente descritos, se le imponen a los Países Miembros dos obligaciones básicas con respecto a ellas: una obligación de hacer, dirigida a la adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de dicho ordenamiento dentro de su ámbito territorial; y, otra, una obligación de no hacer, conducente a que no se adopten medidas o se asuman conductas o se expidan actos, ya sean de naturaleza legislativa, judicial, o administrativa, que contraríen u obstaculicen la aplicación del derecho comunitario.

Estos artículos originarios del Tratado de Creación del Tribunal que se reafirmaron en el Protocolo de Cochabamba, concordados con las modificaciones introducidas y que ahora constan en los artículos 26 y 27 del propio Acuerdo de Cartagena, transformaron a la Comunidad Andina de organización regional intergubernamental (Grupo Andino) que era en una parcialmente supranacional, al dotar con ese carácter a las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y de la Comisión de la Comunidad Andina y las Resoluciones de alcance general de la Secretaría General. En el Tratado original el proceso de adopción de las Decisiones era similar al de las Decisiones intergubernamentales por cuanto éstas debían adoptarse por consenso, es decir, si bien no necesariamente por unanimidad, al menos sin el veto de alguno de los Países Miembros.<sup>31</sup>

Tal vez en el aspecto comercial y económico se podría lograr una aproximación a una integración más profunda que fue lo que se intentó, sin resultado, al final de la Segunda Guerra Mundial y que ha revivido con la creación de la Organización Mundial del Comercio<sup>32</sup>, de donde se sigue que una primera aproximación a la profundización de la integración es seleccionar dentro del primer pilar, es decir, la integración

económica, aquellas materias que podrían ser objeto de una legislación comunitaria y que estuvieran sujetas a una interpretación uniforme por todos los órganos jurisdiccionales nacionales, mediante el mecanismo de la interpretación prejudicial.

Europa ha logrado una jurisdicción supranacional a través de ambos tribunales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, que les permite interactuar con las jurisdicciones nacionales. Es, en suma, el resultado de la creación de una “comunidad de derecho” en cuyo seno los actores legales comparten valores e intereses comunes y se encuentran protegidos de una interferencia política directa. Se ha logrado así una verdadera jurisdicción supranacional no solo para declarar el derecho sino para hacerlo efectivo con la competencia que les ha sido otorgada para compeler a que se cumplan sus fallos mediante la imposición de multas coercitivas a los justiciables remisos.

También ha logrado, a través del mecanismo de la consulta prejudicial, en base al artículo 177 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que los particulares puedan acceder a la justicia comunitaria. Sin embargo, en este último sentido el Tribunal Andino es mucho más liberal y abierto, ya que permite a los particulares el acceso directo a las acciones de anulación y, con ciertas limitaciones, a las acciones de incumplimiento, mientras que en el europeo sólo pueden hacerlo vía la consulta o la interpretación prejudicial.

Pero fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien rompió el paradigma del “consentimiento” para acceder a la justicia internacional, al menos en lo que se refiere a la justicia comunitaria y no sólo para el acceso a ella sino para hacer efectivos sus fallos mediante multas coercitivas.<sup>33</sup>

El precedente sentado por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fue seguido por otros tribunales regionales comunitarios, siendo el primero de ellos el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, como antes se llama a el actual Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, también conocido como Tribunal Andino, al que luego siguieron el de la Corte de Justicia del Caribe (14 de febrero de 2001), el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio el 2 de Mayo de 1992, la Corte de Justicia del Mercado Común del África Meridional y Oriental el Sur el 5 de Noviembre 1993 y, finalmente, el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR el 18 de febrero de 2002.

También en el campo de la protección y la promoción de los Derechos Humanos se llegó a la jurisdicción obligatoria en esta materia aunque tomó mucho

tiempo, desde que se adoptara el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950.<sup>34</sup> En el año 1994 el sistema de las Comunidades Europeas fue modificado por el Protocolo 11 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 11 de Mayo de 1994<sup>35</sup> y se amplió el acceso directo de los particulares.

La lucha por la promoción y la defensa de los derechos fundamentales consagrada en el cambio de paradigma de la jurisdicción basada en el consentimiento de las partes por la jurisdicción preceptiva u obligatoria fue el catalizador que pronto sería seguido por aquellos tribunales involucrados en el comercio internacional.

El mecanismo de solución de controversias del GATT mantuvo sin embargo el esquema de la jurisdicción basada en el consentimiento hasta que, inspirados por la modificación introducida en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, cambió su esquema en la Ronda Uruguay cuando adoptó en Marrakech el 15 de Abril de 1994 el Acuerdo por el que se creó la Organización Mundial del Comercio, que obliga, a quienes quieren ser miembros de ella, aceptar el sistema de solución de controversias de la organización en el cual los miembros no pueden recusar u objetar los paneles de arbitraje designados en ella sino con el consenso de la totalidad de sus miembros, lo cual lo hace en la práctica virtualmente preceptivo u obligatorio.<sup>36</sup> El Órgano de apelación de la OMC también ha contribuido a la “judicialización” del proceso, ya que quienes no estén conformes con el resultado no pueden sustraerse a su jurisdicción.

Finalmente, la proliferación de cortes penales internacionales han contribuido a la tendencia general de la migración del paradigma de la jurisdicción consensual al de la jurisdicción preceptiva, si bien en algunos de los tribunales criminales internacionales creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como es el caso de los creados para la ex República de Yugoslavia y para Rwanda, el consenso no fue total ya que Rwanda, que era miembro del Consejo de Seguridad, votó en contra de dicha resolución, pero fue adoptada por mayoría con la abstención de China. Como se sabe, sólo los 5 miembros permanentes del Consejo de Seguridad tienen poder de veto, pero la abstención de uno de ellos no impide la adopción de la resolución.

El Tratado de Roma para el caso de Europa al igual que los dos Tratados de Cartagena de Indias y sus ampliatorias y modificatorias para los países andinos son las verdaderas constituciones de la creación de las comunidades de derecho conocidas como la Unión Europea y la Comunidad Andina.

La decisión de la supranacionalidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se tomó hecha al azar, sino de manera consistente con una clara política para promover la federación de las naciones europeas. Y fue este Tribunal el que rompió el paradigma del “consentimiento previo” para acceder a la justicia internacional, al menos en lo que se refiere a la justicia comunitaria.

- 
- 1 Véase: más extensamente, para el caso del derecho comunitario de la Unión Europea, Alonso García, Ricardo, “El soft law comunitario”, publicado en el número 154 de la Revista de Administración Pública, enero-abril 2001. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001). Un caso elocuente es la creación de la Universidad Andina Simón Bolívar que fue creada por la Decisión 204/VI del Parlamento Andino, en Santa Fe de Bogotá el 16 de Marzo de 1987, y que es parte del Sistema Andino de Integración. Este es un caso de “soft law” mencionado anteriormente, ya que si bien dicha Institución no fue creada por un tratado ni por una norma vinculante comunitaria, no por ello deja de tener existencia real y jurídica y es parte del Sistema Andino de Integración donde presta su valiosa cooperación.
  - 2 Véase: Salmón Gárate, Elizabeth. Evolución Institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas. En: Derecho Comunitario Andino. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, 2003. Págs. 39-55
  - 3 Véase: Vigil Toledo, Ricardo. El Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina. En: Revista de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, Lima: 2008.
  - 4 Véase: Alzamora Traverso, Carlos. Medio Siglo por el Mundo, Lima: Ediciones El Virrey, 2008. p. 92.
  - 5 Véase: Paolillo, Felipe y Carlos Ons-Indart: “Estudio de los procedimientos de hecho utilizados para la solución de conflictos en la ALALC, “Derecho de la Integración Revista de INTAL No. 9 Octubre 1971) en p. 21-24.
  - 6 Véase: más extensamente: Alzamora Traverso, Carlos. Op. cit.
  - 7 En efecto, en el Protocolo de Cochabamba, se introdujo en el capítulo de “Disposiciones Transitorias” una norma en lenguaje criptográfico, que literalmente dice: “La Comisión de la Comunidad Andina, podrá establecer un mecanismo arbitral para la solución de controversias entre los Países Miembros que permitan al pronunciamiento de la Secretaría General”.

Felizmente el paso del tiempo desarticuló esta infeliz iniciativa introducida, a última hora, con la aviesa finalidad de recortar la más importante de las competencias del Tribunal Andino: La acción de incumplimiento, en abierta contradicción con el mandato contenido en el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia que expresamente prohíbe a los Países Miembros someter controversia alguna que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento comunitario andino a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto a los contenidos en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Tal vez por ello tal disposición transitoria –que el tiempo se encargaría de volverla inoperante- fue introducida subrepticamente en el propio Acuerdo de Cartagena, y no como, debería haberse hecho, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. La incompatibilidad hubiera sido entonces manifiesta y aberrante.

- 8 Véase: Pérez Vera, Elisa. “Reflexiones sobre los Procesos de Integración Regional”, Revista de Instituciones Europeas, Vol. 4 num. 3, sep-dic 1973. Pág. 678. Citado por Uribe Restrepo, Fernando. En: El Derecho de la Integración en el Grupo Andino.
- 9 Véase: Uribe Restrepo, Fernando. El Derecho de la Integración en el Grupo Andino, Quito: Artes Gráficas Señal, 1990. Pág. 49.
- 10 Véase: Alonso García, Ricardo. Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea, Pamplona: Biblioteca de Legislación Serie. Thomson Civitas, 2008. Pág. 48.
- 11 Véase: Pérez Vera, Elisa. Op. Cit. Pág.49
- 12 Iglesias Buhigues, José Luis. “La noción de supranacionalidad en las Comunidades Europeas” Revista de instituciones Europeas, No. 1 enero-abril 1974. Pág. 78. Citado por Uribe Restrepo, Fernando. En: El Derecho de la Integración en el Grupo Andino. Pág. 50
- 13 Uribe Restrepo, Fernando Op. cit., Pág. 51
- 14 Nota del autor: Sin embargo éste último requisito no se da en el caso de la Comunidad Andina como lo prueba la salida de la Comunidad de la República Bolivariana de Venezuela en armonía con lo dispuesto en el propio Acuerdo de Cartagena y que el Tribunal Andino se encargó de precisar cuáles normas de dicho Acuerdo quedarían vigentes por un plazo de cinco años luego de haber comunicado su retiro Venezuela del pacto subregional. Ver Auto del 27 de Junio del 2006 en el Proceso 145-AI-2005 del TJCA.
- 15 Véase: Watts, Ronald L. “Sistemas federales comparados”. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- 16 Ibíd. Pág. 29



- 17     Ibíd. Pág. 33
- 18     Ibíd. Pág. 89
- 19     Ibíd. Pág. 96
- 20     Ibíd. Pág. 182
- 21     Ibíd. Pág. 181
- 22     Ibíd. Pág. 51
- 23     Romano, Cesare, "The Shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: elements for a theory of consent". En : New York University, Journal of International Law and Politics. Vol. 39 No. 4. Pág. 795
- 24     Ibíd. Pág. 803
- 25     Ibíd. Pág. 792
- 26     Ibíd. Pág. 795
- 27     Véase: 145-AI-2005. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, N° 1368 del 11 de julio de 2006.
- 28     Véase: Grieves, Forest L. "Supranationalism and International Adjudication", Urbana: University of Illinois Press, 1969. Pág. 287.
- 29     Véase: 02-AN-86. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, No. 21 del 15 de Julio de 1987.
- 30     Véase: 03-AI-96. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, No. 261 del 29 de Abril de 1997.
- 31     Véase: Capítulo de Competencias donde se modificó la adopción de Decisiones, eliminando el "veto", que era el último rezago de intergubernamentalidad de dichos órganos.
- 32     Véase más extensamente: Helfer, Lawrence R., Slaughter, Anne-Marie. "Toward a theory of Effective Supranational Adjudication" 107 Yale Law Journal 273 (1997).
- 33     El primer caso de multas coercitivas fue el de Comunidad vs. Grecia Caso C-387/97 2000 E.C.R. I-05047) donde se impuso una multa de 20,000 euros por día por no cumplir con el mandato de la Corte que le ordenaba que tomara las medidas necesarias para desalojar los productos tóxicos en un área en disputa.
- 34     Actualmente la Membresía para pertenecer al Consejo de Europa requiere que el Estado aspirante acceda asimismo a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y acepte la jurisdicción de la Corte de Estrasburgo.

- 35 Véase: Protocolo No. 11 a la Convención Europea a la Convención sobre Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales 11 de Mayo de 1994, 1994 European Treaty Series No. 155.
- 36 Véase: Anexo 2 Understanding of Rules and Procedures governing the Settlement of Disputes 1869 UNTS 401.33 LL.M. 1226.

## **CAPÍTULO II**

### **COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL**

#### **1. LOS MAGISTRADOS: ELECCIÓN, PRIVILEGIOS E INMUNIDADES Y REMOCIÓN.**

El Tratado de Creación del Tribunal Andino, en su artículo 6, señala que está integrado por cinco Magistrados, “quienes deberán ser nacionales de origen de los Países Miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia.” Es, como puede verse, una copia ritual de los requisitos exigidos en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su artículo 253 TFUE (antiguo artículo 223 TCE).

En realidad, en el caso del Tribunal Andino se debió tomar distancia de este precepto que obedece a realidades distintas a las del continente europeo. Debió decir simplemente que la elección debería recaer sobre personalidades que ofrecieran todas las garantías de independencia y las condiciones requeridas para el ejercicio en sus respectivos países de las más altas funciones jurisdiccionales.

El Tribunal está compuesto en la actualidad por cuatro Magistrados, los cuales proceden a su vez de los cuatros países que actualmente constituyen la Comunidad Andina: Bolivia, Colombia, el Ecuador y el Perú; también por un secretario letrado que, al igual que los Magistrados, debe ser nacional de origen de uno de los Países Miembros del acuerdo subregional. La designación de éste último la hace el propio Tribunal por rotación entre candidatos provenientes de dichos países.

Los Magistrados, de acuerdo con lo dispuesto en el tratado fundacional, gozan de absoluta independencia y no pueden desempeñar otras actividades profesionales remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente. Son elegidos por unanimidad de ternas presentadas por cada País Miembro. Gozan de las inmunidades y privilegios que corresponden a un jefe de misión diplomática.

La elección se realiza en la ciudad de Quito, Ecuador, en su condición de País sede del Tribunal Andino. En un comienzo se presentaban ternas para cada uno de los Magistrados titulares y para cada uno de los suplentes, lo que era un proceso difícil porque requería reunir a nueve candidatos escogidos de entre lo más granado del gremio de abogados y magistrados que, por lo general, eran renuentes a integrar una terna de la que no saldrían favorecidos. Esta práctica felizmente se abandonó descontinuada y actualmente se presenta una sola terna para cubrir a quien será elegido como Magistrado Principal y a quienes lo acompañarán como Primero y Segundo Suplentes. Aunque no hay una regla fija al respecto, se sigue, sin embargo, por lo general las recomendaciones que al efecto plantee, en su caso, el Plenipotenciario del País Miembro respectivo. Ha habido casos, sin embargo, en que esta costumbre no ha sido observada. Es pues una elección delicada y la decisión final reposa en la discreción de los propios plenipotenciarios al respecto, que son libres de solicitar otros candidatos a los originalmente propuestos por el País Miembro respectivo.

Los Magistrados son elegidos por un período de seis años y se renuevan, parcialmente, cada tres años. En la primera elección de los Magistrados en el recién creado Tribunal, tres fueron designados por sorteo para un período de seis años, recayendo en los Magistrados elegidos de Colombia, el Ecuador y el Perú, y por un período de solo tres años los de Bolivia y Venezuela, lo que permitió establecer la regla de oro de que las renovaciones deberían ser parciales para asegurar la continuidad en las labores jurisdiccionales. Esta sana práctica ha sido establecida en muchos otros tribunales internacionales.

El período de su mandato se cuenta a partir de la fecha de la toma de posesión del cargo, pero si dicha posesión ocurre luego de iniciado el lapso que corresponde en aplicación de lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Tratado de Creación del Tribunal, el período se limitará al tiempo que reste del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento del Tribunal.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal, la designación debe hacerse con no menos de dos meses de anticipación a la finalización del período de sus predecesores, aunque esta regla raramente se cumple y por lo general el Magistrado saliente permanece en funciones hasta que se produzca la designación de su reemplazante, como lo establece el párrafo 3 del artículo 8 del Estatuto. Esta tardanza ha afectado la buena marcha del Tribunal que en todo momento cumple con dar aviso al País Miembro respectivo con la debida antelación, por lo menos seis meses antes de la finalización del mandato del Magistrado que debe ser reemplazado.

Para este efecto, el Gobierno de la República del Ecuador, en su calidad de país sede, y con la respectiva información por parte del Tribunal, requiere al resto de Países Miembros para que, de ser el caso, presenten las ternas respectivas y designen a los plenipotenciarios, con no menos de tres meses de anticipación a la finalización del mandato del Magistrado o los Magistrados que deben ser reemplazados. Los períodos son fijos y se cuentan a partir del día quince de enero del año en que finaliza el mandato de sus predecesores.

Los Magistrados, el secretario y los funcionarios internacionales del Tribunal gozan de las inmunidades y privilegios reconocidos por los usos internacionales y, en particular, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, en cuanto a la inviolabilidad de sus personas, archivos y correspondencia oficial, y en todo lo referente a las jurisdicciones civiles y penales, con las excepciones establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena. Los Magistrados gozan de las mismas inmunidades y privilegios que el Derecho Internacional reconoce y otorga a los jefes de misión diplomática. El Secretario, por acuerdo entre el Tribunal y el País sede, goza de los mismos privilegios concedidos a los consejeros diplomáticos de las misiones acreditadas en el país. En cuanto a los Abogados Generales, que aún no han sido designados, les debería corresponder, de acuerdo con la anterior escala, los privilegios concedidos a los ministros del servicio diplomático, aunque esto debe ser materia de un acuerdo entre el Tribunal y el país sede cuando se establezcan dichos cargos previstos en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia.

No es solamente la independencia de los Magistrados lo que hay que garantizar sino también su idoneidad y su dedicación a tan excelsa misión. No hay que olvidar que los jueces internacionales, como son los comunitarios, desarrollan sus labores en “instituciones frágiles” como bien lo han señalado autores que se han dedicado a la investigación de esta nueva especie que ha crecido considerablemente desde el siglo pasado. Estos magistrados no deberían estar sujetos a presiones políticas, pues en verdad tienen garantizada su independencia, pero a veces puede existir un aparente conflicto de lealtades entre los sentimientos nacionales del juzgador y su servicio al derecho y a la justicia comunitarios, que es lo que debe trascender para servir a un ideal mayor, ya sea en el campo de la integración para alcanzar una unión más profunda, como en el caso de los tribunales comunitarios o para la defensa de la persona humana y su dignidad como en las cortes regionales de los derechos humanos, como el caso de Estrasburgo en Europa y en Costa Rica para el sistema interamericano. A todo esto se añaden las constantes restricciones presupuestarias a las que están sujetos. Todos estos factores atentan contra la independencia de estos jueces internacionales cuyo trabajo es minuciosamente examinados y muchas veces duramente criticado.<sup>1</sup>

Los Magistrados sólo pueden ser removidos a requerimiento del Gobierno de un País Miembro y únicamente cuando en el ejercicio de sus funciones hubieran incurrido en falta grave prevista en el Estatuto del Tribunal y de conformidad con el procedimiento que ahí se establece. A tal efecto, los Gobiernos de los Países Miembros tienen que nombrar Plenipotenciarios, previa convocatoria del Gobierno del País sede, quienes deben resolver el caso en reunión especial y por unanimidad. Nunca se ha dado el caso, pero tanto para su designación, como para su remoción, se requiere la unanimidad, lo que equivale a decir que cualquiera de los Países Miembros que conforman el Tribunal, tienen derecho de veto. El Estatuto señala taxativamente como causas de remoción, las siguientes faltas graves: mala conducta notoria; cualquier acción incompatible con el carácter de su cargo; la falta reiterada a los deberes inherentes a su función; el desempeño de actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente o académica; y la violación del juramento prestado al tomar posesión del cargo. Estas puntuales condiciones se inspiraron en las establecidas en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal, desde su creación, estuvo integrado por cinco Magistrados pero con el retiro de la República Bolivariana de Venezuela de la Comunidad Andina el número de Magistrados ha quedado reducido a cuatro. El Tratado establece como requisito que los Magistrados sean nacionales de origen de los Países Miembros, lo que excluye de hecho a aquellos que hayan obtenido dicha nacionalización por un proceso de naturalización, sin embargo el Tratado no distingue entre Países Miembros Plenos y Países Miembros Asociados, lo que en principio permitiría que el Tribunal también pudiera estar integrado por un quinto Magistrado proveniente de un País Miembro Asociado.

La cuestión de la nacionalidad de los jueces en general en todos los tribunales internacionales es quizá el principal problema que debe solucionarse en la constitución de un tribunal internacional, pues existe una interrelación entre el derecho y la política, como bien lo señalan autores que se han dedicado a su estudio.<sup>2</sup> Existe muchas veces un conflicto entre las lealtades nacionales y la aplicación del derecho al caso concreto, y esto se hace más evidente en tribunales, como el Andino en este caso, en que las partes en conflicto son los propios Países Miembros, sobre todo en las acciones de nulidad e incumplimiento. La transparencia, señalan los autores citados, sería la mejor protección para garantizar la absoluta independencia que deben tener los jueces. Es, justamente, para la protección de ella que se ha instituido, como una de las garantías fundamentales para tal efecto, que las deliberaciones y las votaciones de las causas se mantengan en la más absoluta reserva.

Pero en los tribunales la promesa del absoluto sigilo no siempre se respeta y ello puede tener algún efecto en la eventual reelección de los Magistrados, pues en la

casi totalidad de los casos, tanto su nombramiento, como en su caso, su reelección son casi una formalidad siempre y cuando no se haya filtrado información que pueda influir en el ánimo y en la decisión del País Miembro respectivo. Esto se hace más evidente sobre todo en los tribunales comunitarios como el Andino que sólo reúne a un pequeño grupo de países. En el caso de otros tribunales internacionales, como aquellos creados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, las elecciones de los Magistrados son el resultado de verdaderas campañas diplomáticas.<sup>3</sup>

Los estatutos de casi todas las cortes internacionales establecen mandatos de cuatro a nueve años con la posibilidad de por lo menos una reelección para la elección de sus magistrados. En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se dio el caso de un magistrado que votó en contra de su propio país.<sup>4</sup> Una situación como ésta no podría darse en el Tribunal Andino por cuanto no hay votos singulares de manera que la identidad del eventual voto de un magistrado en contra de su propio país no debería salir a la luz, aunque también es una realidad que es difícil guardar la confidencialidad sobre todo en casos de especial trascendencia. El mejor antídoto es por ello no tanto la tan pregonada reserva sino reforzar la independencia de los jueces, en este caso comunitarios, ampliando el período de su nombramiento de seis a nueve años y prohibiendo de manera absoluta su reelección.

Se cita al respecto que un Juez de la Corte Internacional de Justicia de la Haya afirmaba que los jueces estarían mejor servidos – y la comunidad internacional en general- si el nombramiento de los jueces fuera por doce años, sin reelección, en lugar de nueve años, renovables como es el actual.<sup>5</sup> En tribunales más pequeños como el Andino, que sólo cuenta con cuatro magistrados, la presión al respecto es por cierto mayor que en aquellos tribunales, como la Corte Internacional de Justicia o las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos que cuentan con gran número de magistrados. Es el caso del Tribunal de Justicia del Acuerdo Europeo de Libre Comercio, que en la actualidad sólo agrupa a Noruega, Suiza y Liechtenstein, donde es difícil proteger el anonimato de los jueces, aún cuando no hayan votos disidentes y la influencia de uno de los Estados tenga la mayor carga en el presupuesto, lo que puede ser determinante a diferencia de otros tribunales con mayor número de jueces donde el problema es menos angustioso.

En lo que respecta a las votaciones en los tribunales conformados por números pares de magistrados, como es actualmente el Tribunal Andino, se presenta un problema en caso de producirse empates o discordias en las votaciones de las causas. Como es sabido, todo sistema de solución de controversias reposa, entre otros, en el principio, libremente aceptado, que en caso de diferencias alguien tenga la última palabra, porque no es dable pensar que, habiéndose agotado las discusiones y los debates, y en caso de no llegarse a una decisión, se deje al sorteo, - a una moneda al

aire, en otras palabras - el resultado de la litis. Tampoco sería de recibo en el caso del Tribunal Andino que el Presidente tuviese voto de calidad y ello en virtud del estricto cumplimiento de la regla de oro entre los Magistrados, de que el Presidente no es sino un “primus inter pares”, que se aplica celosamente desde la fundación del Tribunal.

No hay, pues, otra alternativa que la de esperar que, se invite a un País Miembro Asociado a designar un Magistrado para los casos de discordia y empate o modificar el Tratado para permitir que se pudiera elegir, por sorteo, a un tercero; cosa que, dadas las características de la naturaleza supranacional del Tribunal se hace difícil imaginar habida cuenta del celo que en todo momento se han impuesto para limitar al máximo las facultades del Presidente y en el velado veto que existe a que un mismo país pudiese contar con otro Magistrado adicional al de su misma nacionalidad.

Esta situación también se presentaría en el caso de que se quisiera llamar por sorteo, para integrar la sala, en tales casos a cualquier ex Magistrado del Tribunal; en éste último caso, además de la limitación antes señalada, habría la adicional de que dicho Magistrado no tendría que haber servido más de un término como Magistrado principal o suplente, ya que la reelección –aunque sea para intervenir en un solo caso de empate o discordia - le estaría prohibida por la norma constitucional andina.

Esta sigue siendo una situación que debería ser afrontada y resuelta lo antes posible a fin de no discutirlo cuando el problema se presente, lo que haría más difícil su discusión y eventual solución toda vez que no existe ni en el Tratado ni en su Estatuto norma alguna para solucionarla.

No se puede asimilar el caso del Tribunal al de los otros órganos del sistema donde se discute la elaboración de la norma comunitaria y donde para arribar a ella, por la naturaleza política de la misma, se puede llegar a una conclusión consensuada que implica, por su propia naturaleza, una transacción para alcanzar la unanimidad o, en su caso, la mayoría, para hacerla viable. En un fallo judicial no es admisible este criterio, aún cuando es natural que se produzcan interpretaciones divergentes que derivan del leal saber y entender de los distintos Magistrados. Esta situación no sería empero demasiado dramática como en teoría, debería serlo en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que en el caso del Tribunal Andino, éste tiene la ventaja de interpretar y aplicar, en esencia, en sus lineamientos fundamentales un derecho uniforme heredado de la colonización hispana.

El eventual problema que podrían suscitar las discordias o empates no ha podido ser resuelto hasta la fecha y es una asignatura pendiente que se encuentra en



la agenda del Consejo Andino de Cancilleres, único órgano capaz de darle solución dentro de los límites que le permiten el Tratado y el Estatuto del Tribunal. De lo contrario, si la solución escapara del campo de aplicación del Estatuto y del Reglamento sería menester modificar el Tratado de Creación, lo que supone un largo proceso no exento de dificultades en la medida que podría abrir la puerta a otras enmiendas y a un proceso de negociación interna.

Cabría recordar aquí, en lo que respecta a la práctica de la reserva a la que están obligados los miembros del Tribunal en las deliberaciones y en las votaciones, el célebre discurso de Lord Mackenzie Stuart, que fuera Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>6</sup>, cuando justificaba la reserva en la votación de las causas y la supresión de los votos particulares, que es en verdad una excepción a lo que generalmente existe en los tribunales ordinarios en las cortes de apelación y en las de última instancia; y señalaba, en apoyo de su aserto, que ello era así porque en primer lugar el Tribunal Europeo, en ese entonces, era relativamente joven y como habían demasiadas cosas qué decir, era difícil una aproximación monolítica y era mejor en consecuencia que se expresara con una sola voz. En tal sentido algunos magistrados consideran que guardar la confidencialidad era una protección real para ellos en asuntos que conciernen a los intereses nacionales del país que los había designado, donde era mejor que no se conociera en qué dirección habían votado. Terminaba diciendo el ilustre Magistrado que algún día se abrirán las puertas a votos particulares, pero que él no alcanzaría a verlo.

El Tribunal Andino, construido a imagen y semejanza de su par europeo, adoptó en su Tratado Fundacional la misma fórmula para precisar los requisitos para ser elegidos a esta alta investidura y así dispuso en el artículo 6 del Tratado de Creación del Tribunal que éstos deberían, aparte de ser nacionales de origen de los Países Miembros, “gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia”.

En este caso la reproducción de la norma europea no resultó tan feliz como pudiera parecer al haber añadido la parte que se refiere, como disyuntiva, a que en caso de no reunirse los requisitos para el ejercicio de las más altas funciones judiciales pudieran también acceder a dicha función “jurisconsultos de notoria competencia”. Este último concepto es vago y subjetivo, en la medida que no hay quien pueda calificar objetivamente tal condición y deja en consecuencia abierta la puerta para que puedan acceder a tan alta magistratura quienes, en sus propios países de origen, no habrían reunido las condiciones para acceder “al ejercicio de las más altas funciones judiciales”. Para evitar que esta segunda cualidad pudiese sustituir a la primera, el requisito debió ser en verdad copulativo, es decir, que los candidatos para ocupar

dicho cargo, además de reunir las condiciones para acceder a esas altas funciones en su país, deberían ser jurisconsultos de notoria competencia.

La base de la integración regional reposa en que exista un “garante de su legalidad”, que no es otro que el Tribunal Andino, y por ello la designación de los Magistrados requiere que recaiga en profesionales que puedan garantizar su independencia, como se lo impone el artículo 6 del Tratado de Creación, al prohibirles además desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente. Habría que cerrar esa eventual puerta para designar a quienes, al no reunir las condiciones para acceder a las más altas funciones judiciales en su país, puedan ser elegidos en base a una interpretación amplia, con lo que, en principio, podrían acceder al Tribunal Andino aquellos nacionales que, paradójicamente, no reunieran las condiciones en su propio país para acceder a las más altas investiduras judiciales.

En el caso del Tribunal de la Unión Europea se impuso esa alternativa con el objeto de incluir como potenciales candidatos a académicos del derecho que no necesariamente estuvieran inscritos en sus respectivos colegios profesionales ni que en consecuencia ejercieran la profesión de abogados. Pero ese no es el caso de los países de la Comunidad Andina, donde los académicos del derecho son, por regla general, abogados de profesión.

Curiosamente fueron los británicos quienes estuvieron de acuerdo en incluir a los académicos del derecho, como posibles candidatos a ocupar una magistratura en el Tribunal de la Unión Europea, a pesar de que en el Reino Unido, tal como está organizado su poder judicial, el más alto tribunal de justicia es a la vez parte de su Parlamento, como es la Cámara de los Lores, si bien en los casos judiciales sólo la integran jueces de profesión que también ostentan esa calidad y adonde sólo pueden llegar a esa Cámara después de una larga y brillante carrera en la judicatura la misma que está reservada sólo para candidatos que, a su vez, hayan destacado en el ejercicio de la profesión de abogado actuando ante los tribunales como “barristers”, que, a diferencia de los llamados solicitors, que son aquellos profesionales del derecho que mantienen una relación con los clientes o sea con las partes en un litigio, pero que tienen que recurrir a los servicios de un barrister para presentar sus casos en las cortes. Son los barristers, especialmente aquellos que han optado por convertirse en “Consejero de la Reina” (Queen’s Counsel) los que generalmente pueden acceder a las magistraturas de las altas cortes británicas.

En respuesta a una crítica en el mismo Reino Unido en el sentido de que sería inadecuado incluir como jueces a quienes no hayan tenido una experiencia previa en

las cortes de justicia, fue el propio Comité de Selección para las Comunidades Europeas de la Cámara de los Lores del Reino Unido el que añadió que “excluir a catedráticos o administradores sería reducir el rango de la experiencia profesional que necesitaría el Tribunal y además sería tomado como una imposición de una visión británica sobre los antecedentes para designar a los altos funcionarios de la justicia comunitaria”.<sup>7</sup>

La expresión “Thirteen Russians: The European Court of Justice” acuñada por el Profesor Tom Kennedy corresponde a unas declaraciones del antes citado Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Lord Mackenzie-Stuart, en relación con la demora por parte de los Estados Miembros en renovar los mandatos de aquellos magistrados cuyos mandatos estaban a punto de expirar o en designar a sus reemplazantes. Específicamente, en el caso concreto en aquel entonces en designar al décimo tercer juez para evitar que el tribunal quedara compuesto por un número par de jueces. Y se refería a que el Tribunal podría perfectamente estar compuesta de 13 magistrados rusos, ya que ni en el Tratado de la Unión ni en el Tratado del Carbón y el Acero que le diera origen, en momento alguno se habló de la nacionalidad de los jueces, aunque se preveía que fueran tantos como el número de Estados Miembros que pertenecían a la Comunidad Europea de aquel entonces o, uno más, en el caso de que el número de miembros fuera par.

Sería bueno recordar sus palabras con ocasión de su retiro, acerca de la nacionalidad de los jueces comunitarios:

*“Lo que quisiera resaltar es que la nacionalidad no juega ningún papel en la composición del Tribunal. Los tratados son silenciosos al respecto. Esto contrasta con las provisiones en relación con la Comisión, el Parlamento Europeo y sobre todo el Consejo cuya composición está basada, hasta cierto punto, en la nacionalidad. Los magistrados y los abogados Generales son personas independientes, que han puesto de lado sus sentimientos nacionales – no así su formación profesional y sus capacidades y talentos que fueron puestos a disposición del tribunal. En ningún sentido los miembros de este tribunalcorte pueden ser considerados como representantes de sus respectivos países miembros.”<sup>8</sup>*

El Magistrado Robert Lecourt, que fue también Presidente del Tribunal Europeo desde su elección en 1967 hasta su retiro en 1976, señalaba que de entre los 35 miembros que habían formado el Tribunal durante ese lapso, 13 provenían de la magistratura, constitucional, civil o administrativa, 8 de la universidad, 6 de la abogacía y 8 de órganos superiores de la administración, de la economía o del

sindicalismo.<sup>9</sup> Agregaba que esa selección evidenciaba la variada especialización en derecho o economía, en doctrina o práctica, en derecho público o privado, en actividades administrativas o judiciales y que ese conjunto se veía enriquecido por la experiencia diplomática, parlamentaria o gubernamental de varios de dichos magistrados siendo muy “útiles los diferentes enfoques individuales acerca de un mismo asunto en el seno del Tribunal”.

Este no es el caso del Tribunal Andino, de donde se puede concluir que las copias rituales de un determinado paradigma no son siempre felices porque por lo general corresponden a realidades distintas, ya que, desde su creación, éste nunca tuvo ese problema. Fue otro, de distinta naturaleza, que se originó con la salida de la República Bolivariana de Venezuela del Acuerdo Subregional Andino que dejó reducido el número de magistrados a cuatro, con los consiguientes problemas que pueden ocasionarse en la resolución de las causas sometidas a su conocimiento, problema que todavía no ha sido resuelto.

Si bien el artículo 6 del Tratado del Tribunal establece que serán cinco los Magistrados, también dispone que el Consejo Andino de Cancilleres, en consulta con el Tribunal, puede modificar su número y “crear el cargo de Abogado General en el número y con las atribuciones que al efecto se establezcan en el Estatuto”, lo que permitió al Tribunal seguir operando sin mayor tropiezo pero que no resolvió el problema que puede suscitarse en casos de empates o discordias en las votaciones de los asuntos sometidos a su consideración, tanto judiciales como administrativos.

El Acuerdo de Cartagena es muy parco en disciplinar los efectos de la salida de un país miembro del Acuerdo Subregional, al que sólo dedica un artículo, el 135, que dice en su parte esencial:

*“El País Miembro que desee denunciar este acuerdo deberá comunicarlo a la Comisión. Desde ese momento cesarán para él los derechos y obligaciones derivados de su condición de Miembro con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la denuncia”.*

El Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre los efectos de dicho artículo en el Auto en el Proceso 145-AI-2005, dictado el 27 de Junio del 2006, publicado en la Gaceta Oficial N° 1368, de 11 de julio de 2006 en la Acción de Incumplimiento seguida por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República Bolivariana de

Venezuela, donde definió los alcances de dicho artículo señalando que desde el mismo momento de la denuncia del tratado le era aplicable a dicho país el principio de *res inter alios acta*, con la sola excepción de aquellas provisiones que se refieren al Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena, por lo que resultaba evidente que desde el momento de la denuncia cesaba su condición de país justiciable para el Tribunal Andino, ya que éste no tenía jurisdicción ni competencia para resolver conflictos que se suscitaran entre Países Miembros y terceros países a no ser, claro, que de conformidad con el segundo párrafo del artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, el País Miembro que lo había denunciado hubiera acordado someterse voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal, que no fue el caso.

En dicho auto, el Tribunal precisó los artículos del Acuerdo de Cartagena que permanecerían vigentes para el caso sublitis, ya que sin el concurso y la aplicación de ellos hubiera resultado imposible que “se pudiera cumplir a cabalidad lo dispuesto en el propio artículo 135 del Acuerdo de Cartagena, que norma la relación supérstite en caso de denuncia del Acuerdo por alguno de los Países Miembros”.

La denuncia del Tratado también acarreó la inmediata separación del Magistrado Principal y de los Magistrados Suplentes designados por dicho país, toda vez que uno de los requisitos esenciales para ostentar esa calidad es la de ser nacional de origen de uno de los Países Miembros con lo que les sobrevenía la imposibilidad absoluta de ejercer jurisdicción, por lo que la conformación del Tribunal quedó desde entonces reducida a cuatro Magistrados. La misma situación se aplicó en dicha oportunidad a uno de los directores generales de la Secretaría General de la Comunidad Andina, toda vez que dichos cargos están reservados, exclusivamente, para nacionales de los Países Miembros.

Como ya hemos señalado, esta situación tiene en potencia un efecto importante en el caso de empates o discordias en las decisiones judiciales o administrativas sometidas a la jurisdicción del Tribunal; especialmente en las Acciones de Incumplimiento y en las de Nulidad. Si bien tanto en la Corte Internacional de Justicia de La Haya como en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en general, en todas las cortes regionales se presenta esta situación, en el caso del Tribunal Europeo su Reglamento Interno prevé que en caso de que el Tribunal quedara reducido a un número par, por inasistencia o incapacidad de uno de sus miembros, el juez menos antiguo se abstendría de participar en las deliberaciones.<sup>10</sup>

En el caso del Tribunal Andino se podría incluir en el Reglamento Interno que, a diferencia del mecanismo utilizado en el Tribunal Europeo, el que se abstuviera de votar fuera en tales casos el Magistrado Ponente o también llamado Magistrado

Sustanciador. Ello tendría la ventaja frente a la fórmula del Tribunal Europeo, que la elección, en el caso de que se llegara a una discordia o empate, quedaría definida en el mismo acto de la distribución o asignación de causas que ingresan al Tribunal, que son sin excepción asignadas por estricto sorteo. En tales casos de empate, el Magistrado Ponente o Sustanciador se inhibiría de participar en la votación, mas no así en las deliberaciones, donde en el eventual caso donde se produzca el empate su informe o ponencia se asemejaría a una opinión no vinculante para el resto de magistrados deliberantes. Este mecanismo sería, a mi manera de ver, más saludable que el que se practica en el Tribunal Europeo toda vez que la solución de una eventual dirimencia en caso de empate estaría dada desde el mismo instante del sorteo de la causa y ello estaría además garantizado en la medida que la designación del Ponente o Sustanciador es en el Tribunal Andino un secreto bien guardado y sólo es de conocimiento de los demás Magistrados y del Secretario del Tribunal.

A pesar que, como ya se ha dicho, en el Tribunal Andino no se admiten votos singulares, se guarda, sin embargo, un acta reservada donde constan dichos votos así como la designación de los ponentes en cada una de las causas; este es un mecanismo más que nada para aplacar la conciencia de los magistrados disidentes, ya que el procedimiento está diseñado para otorgar una garantía a las decisiones que en muchas ocasiones no han sido adoptadas con la aparente unanimidad con que se publica la misma en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. Es, al fin y al cabo, un paliativo ya que por servir a la firmeza de las decisiones del Tribunal, muchos magistrados, en su fuero interno, hayan tenido que afrontar de manera colectiva una determinada resolución con la que no estaban de acuerdo. Sin embargo, a pesar del efecto catártico de esta medida, es una práctica que debería ser descontinuada.

En lo que se refiere a la remoción de los Magistrados, si bien en el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sólo pueden serlo con la opinión unánime de los otros miembros de la Corte, en el caso del Tribunal Andino el procedimiento es más complejo pues sólo puede hacerse a requerimiento del Gobierno de un País Miembro, y únicamente cuando el imputado hubiera incurrido, en el ejercicio de sus funciones, en falta grave prevista en el Estatuto del Tribunal y que esta denuncia fuera aprobada por unanimidad de los plenipotenciarios de los restantes países convocados expresamente por el Ministro de Relaciones Exteriores del País sede, en reunión especial. Sin embargo no se dado nunca el caso en este Tribunal, ni tampoco existe precedente alguno de que se haya removido a alguno en ninguno de los tribunales internacionales existentes.<sup>11</sup>

## **2. FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL. SESIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES. AUDIENCIAS.**

El funcionamiento del Tribunal está disciplinado en su Reglamento Interno, adoptado por el propio Tribunal en sesión plenaria de fecha 18 de mayo del 2004, en ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 13 del Tratado de Creación, de conformidad con la Disposición Transitoria Tercera de su Estatuto. Dicho Reglamento derogó el que había sido aprobado por el mismo Tribunal por Resolución del 09 de mayo de 1984.

El Tribunal se reúne en forma plenaria en dos clases de sesiones: judiciales y administrativas y también para la celebración de las audiencias públicas convocadas en las acciones de nulidad o de incumplimiento o en los recursos por omisión o inactividad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de su Estatuto.

Las sesiones judiciales pueden ser ordinarias y extraordinarias. Las primeras se celebran una vez por semana y las extraordinarias cuando las convoque el Presidente por propia iniciativa o a pedido de al menos tres de los Magistrados. Se realizan en la sede del Tribunal, en la hora y fecha señaladas en la convocatoria, pero por razones de seguridad o conveniencia pueden realizarse válidamente en cualquier otro lugar, y en ellas se ventilan todas las cuestiones relativas a las acciones, solicitudes y recursos que sean sometidos a su conocimiento.

Las sesiones ordinarias son convocadas por escrito con un mínimo de 24 horas de anticipación, con el orden del día correspondiente y el proyecto de acta que corresponda a la sesión inmediatamente anterior; sin embargo, los proyectos de ponencias deben ser puestos a disposición de los Magistrados con un mínimo de dos días laborables de anticipación.

En sesiones extraordinarias, el Tribunal deliberará y decidirá únicamente sobre los puntos expresamente identificados en el orden del día. En caso de urgencia, la convocatoria podrá realizarse verbalmente y la sesión podrá celebrarse el mismo día. Las deliberaciones del Tribunal en materia judicial son reservadas y se mantienen con ese carácter hasta tanto se produzca resolución definitiva, en el correspondiente proceso.

El quórum deliberatorio y decisorio en asuntos administrativos es de tres Magistrados y se adoptarán sus resoluciones con el voto conforme de todos ellos. En el caso de asuntos judiciales, la adopción de autos interlocutorios requiere la presencia de los cuatro Magistrados lo mismo que los autos que pongan fin al proceso. Las sentencias requieren la presencia de los cuatro Magistrados y se adoptarán con el voto conforme de al menos tres de ellos. En el caso de interpretaciones prejudiciales sólo se

requiere la presencia de tres de los Magistrados y sus decisiones se adoptan con el voto conforme de los tres.

Los términos judiciales son de días civiles o continuos y se calculan excluyendo el día de la fecha que constituye el punto de partida. Fuera de los días laborables no se pueden practicar diligencias judiciales, salvo que se habiliten a tal efecto días y horas en casos que así lo justifiquen. El periodo de vacaciones anuales del Tribunal, que no podrá exceder de 30 días, así como el rol de días no laborables se publican en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, al inicio del año judicial.

Las actuaciones en el Tribunal se conducen en idioma español. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos podrán emplearse ante el Tribunal, siempre que las actuaciones estén acompañadas de su correspondiente traducción al español, lo mismo que las que se realicen en otros idiomas, a menos que de oficio o a solicitud de parte se solicite la traducción oficial.

### **3. LOS RECURSOS ECONÓMICOS DEL TRIBUNAL: EL PRESUPUESTO Y LAS CONTRIBUCIONES DE LOS PAÍSES MIEMBROS.**

Los profesores Daniel Terris, Cesare Romano y Leigh Swigart, de la Universidad de Brandeis, y de la Loyola Law School de Los Ángeles, Estados Unidos de América, que trabajan activamente en el llamado Proyecto de Cortes y Tribunales Internacionales, en su libro “El Juez Internacional”<sup>12</sup> publican, como apéndice, una relación sucinta de los 13 tribunales internacionales que existen actualmente, con su membresía, y en una admirable síntesis, su composición y sus competencias, que se reproduce como anexo de este trabajo, con la debida autorización de sus autores.

Han tenido también la precaución de incluir en esa síntesis el presupuesto de todos esos tribunales, donde por cierto aparece el del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que ocupa el honroso lugar de ser el penúltimo menos oneroso, sólo superado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cabe mencionar que en ésta última, a diferencia del Tribunal Andino, los Magistrados no son a tiempo completo, o dedicación exclusiva, sino que concurren a los períodos de sesiones donde se ventilan los casos sometidos a su jurisdicción. Sólo el Presidente reside en la sede y por lo tanto es el único funcionario con dedicación exclusiva, mientras que el resto de los Magistrados son retribuidos mediante dietas, viáticos y los costos de los viajes a la sede para cada ocasión.



#### **4. UN TRIBUNAL DE CUENTAS PARA EL SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN.**

Como se ha visto, el llamado Sistema Andino de Integración agrupa varias instituciones en una relación intergubernamental, salvo los casos de la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que tienen una base supranacional. Creemos que ha llegado el momento, ahora más que nunca, de crear una Contraloría General o bien un Tribunal de Cuentas, que lleve a cabo la fiscalización de todos los organismos que pertenecen al Sistema Andino de Integración.

Especialmente, por el momento al menos en estas dos instituciones comunitarias que tienen naturaleza supranacional y que constituyen el núcleo del proceso de integración subregional, ya que es en ellas donde se concentra la actividad legislativa, técnica y administrativa, así como la jurisdiccional, que obliga a todos los países que la conforman.

Bien es cierto que la actividad legislativa está a cargo del Consejo Andino de Cancilleres y la Comisión de la Comunidad Andina, integrados, respectivamente, por los Cancilleres de los Países Miembros y por los Ministros de Comercio Exterior, o sus alternos, pero ello no requiere una fiscalización de sus gastos, ya que éstos están absorbidos por cada País Miembro dentro de sus respectivos presupuestos nacionales; sin embargo, no es el caso de la Secretaría General, que es el órgano ejecutivo de la Comunidad y en donde recae la ejecución e implementación de los mandatos dictados por los órganos legislativos de la Comunidad Andina: El Consejo Andino de Cancilleres y la Comisión de la Comunidad Andina. Esta medida contribuiría a mejorar la gestión financiera comunitaria y ejercer la función de “vigilante independiente” de los intereses financieros de los ciudadanos de la Comunidad Andina.

En el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Cuentas se creó en 1975 por el Tratado de Bruselas del 22 de Junio de 1975, aunque no empezó a funcionar hasta mediados de 1977. Por ese tratado se modificaron determinadas disposiciones financieras de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y del Tratado de Fusión de 1965.<sup>13</sup>

Con el Tratado de Maastricht se elevó su categoría al rango de Institución, reconociéndose su legitimación activa para recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) contra la inactividad de las otras instituciones.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) regula las normas del Tribunal de Cuentas en sus artículos 285, 286 y 287. La fiscalización, o control de cuentas de la Unión, será efectuada por el Tribunal de Cuentas. El Tribunal de Cuentas estará compuesto por un nacional de cada Estado miembro. Los miembros del Tribunal ejercerán sus funciones con plena independencia, en interés general de la Unión.

El artículo 287 TFUE (antiguo artículo 248 TCE) señala que el Tribunal de Cuentas examina las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de la Unión. Así como las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de cualquier órgano u organismo creado por la Unión en la medida en que el acto constitutivo de dicho órgano u organismo no excluya dicho examen y presenta al Parlamento Europeo y al Consejo la aprobación de las cuentas, una declaración sobre su fiabilidad, regularidad y legalidad de las operaciones correspondientes que será publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El control se lleva a cabo sobre la documentación contable y, en caso necesario, en las dependencias correspondientes de las otras instituciones de la Unión, en las dependencias de cualquier órgano u organismo que gestione ingresos o gastos en nombre de la Unión y en los Estados miembros, incluidas las dependencias de cualquier persona física o jurídica que perciba fondos del presupuesto. En los Estados miembros, el control se efectuará en colaboración con las instituciones nacionales de control o, si éstas no poseen las competencias necesarias, con los servicios nacionales competentes.

El Tribunal de Cuentas y las instituciones nacionales de control de los Estados miembros cooperarán con espíritu de confianza y manteniendo su independencia. Tales instituciones o servicios comunicarán al Tribunal de Cuentas si tienen la intención de participar en el mencionado control. Las otras instituciones de la Unión, cualquier órgano u organismo que gestione ingresos o gastos en nombre de la Unión, cualquier persona física o jurídica que perciba fondos del presupuesto y las instituciones nacionales de control o, si éstas no poseen las competencias necesarias, los servicios nacionales competentes, comunicarán al Tribunal de Cuentas, a instancia de éste, cualquier documento o información necesarios para el cumplimiento de su misión. Respecto a la actividad del Banco Europeo de Inversiones en la gestión de los ingresos y gastos de la Unión, el derecho de acceso del Tribunal a las informaciones que posee el Banco se regirá por un acuerdo celebrado entre el Tribunal, el Banco y la Comisión. En ausencia de dicho acuerdo, el Tribunal tendrá, no obstante, acceso a las informaciones necesarias para el control de los ingresos y gastos de la Unión gestionados por el Banco.

El Tribunal de Cuentas elabora luego de cada ejercicio, un informe anual que es transmitido a las instituciones de la Unión y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, acompañado de las respuestas de estas instituciones a las observaciones del Tribunal de Cuentas. Puede, además, presentar en cualquier momento sus observaciones, sobre cuestiones particulares y emitir dictámenes, a instancia de una de las demás instituciones de la Unión. El Tribunal de Cuentas aprueba sus informes por mayoría de sus miembros. No obstante, puede crear en su seno salas para aprobar determinadas categorías de informes o de dictámenes en las condiciones previstas por su reglamento interno.

Parecería oportuno que si se ampliaran las competencias del Parlamento Andino en materia de ejecución presupuestaria, resultaría imperativo proceder a un cambio cualitativo del control externo presupuestario. Actualmente, tanto el presupuesto del Tribunal de Justicia como el de la Secretaría General son aprobados anualmente por la Comisión de la Comunidad Andina, generalmente en sesión reservada, aún cuando el Tribunal Andino, desde hace seis años somete el examen de sus cuentas a una auditoria externa y en el momento de someter su presupuesto a la aprobación de la Comisión acompaña dicho informe sin que ello sea preceptivo. En tanto no se apruebe la creación de un Tribunal de Cuentas Comunitario para el Sistema Andino de Integración sería recomendable que la Secretaría General de la Comunidad Andina, como órgano ejecutivo del Acuerdo de Cartagena, siguiera también esta sana práctica, para garantizar la transparencia en el manejo y destino de los fondos que les son confiados por los Países Miembros.

Tal vez el nombre de Tribunal de Cuentas no sea el más apropiado, ya que ejerce funciones distintas a las de un Tribunal, como lo ha señalado el tratadista Ricardo Alonso García.<sup>14</sup> En efecto, la designación en el caso del Tribunal de Cuentas de la Unión Europea, recuerda la antigua designación que tenían las actuales Contralorías Generales en los países de la Comunidad Andina. Alonso señala en apoyo de su aserto que existe una diferencia entre la designación de los miembros del Tribunal de Justicia y la designación del Tribunal de Cuentas, ya que en el caso de éstos últimos su designación tiene lugar no a través de una decisión de los Estados Miembros, de naturaleza intergubernamental, sino por un acto del Consejo en cuanto institución comunitaria y, además, el Tribunal de Cuentas ejerce sus funciones de oficio, mientras que el Tribunal de Justicia lo hace a instancia de parte, mediando la interposición del correspondiente recurso jurisdiccional.

- 
- 1 Véase: Terris, Daniel, Romano, Cesare y Leigh Swigart. *The International Judge: an introduction to the men and women who decide the world's cases*, Oxford: Oxford University Press 2007.
  - 2 *Ibíd.*, p. 151.
  - 3 *Ibíd.*, p. 154.
  - 4 Véase: Flauss, Jean Francoise, "Analysis of the election of the new European Court of Human Rights" *Revue Trimestrelle des Droits de L' Homme* 9, No. 35 (1998) Pág. 70.
  - 5 Véase: Terris, Daniel, Romano, Cesare y Leigh Swigart. *Op Cit.*, p. 15. 151.5.
  - 6 Véase: *Clásicos de la Justicia Europea en el 50 aniversario de los Tratados de Roma*, Edición de Ricardo Alonso García, Thomson Aranzadi, Thomson Civitas, Madrid 2007.
  - 7 Traducción de Ricardo Vigil: to "exclude professors or administrators would narrow the range of professional experience available to the Court and would be seen as trying to impose on other Member States a particularly British view of the best background for senior judicial office". 1996 Intergovernmental Conference Report of 3 November 1995. Session 1994-1995 21st report (House of Lords Paper 105).
  - 8 (1990) Lord Mc Kenze Stuart *Ob.Cit.* at pág 75. Traducción de .R. Vigil to. "What I wish to underline today is that nationality plays no part in the composition of the Court. The treaties are silent, rightly silent, on this matter. This contrasts with the provisions relating to the Commission, the European Parliament and indeed the Council itself which are all, to a greater or lesser extent, based on nationality. The judges and advocates general are independent persons who have put their national institution –not their national professional training or forensic skills which they freely place at our disposal- but their national allegiance as such. In no sense are members of this Court representative of their respective Member States"
  - 9 Véase el texto de la Conferencia del ex-Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Robert Lecourt, *Titulada: El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas visto desde el interior*. En: *Clásicos de la Justicia Europea: en el 50 Aniversario de los Tratados de Roma*, Ricardo Alonso García (coord.), Madrid: Thomson Aranzadi y Thomson Civitas, 2007.
  - 10 Véase: Art. 26 de las Reglas de Procedimiento.

- 11 Véase: Terris, Daniel, Romano, Cesare y Leigh Swigart. Op.cit., Pág. 204.
- 12 Ibíd., Págs. 236-245.
- 13 Véase: Molina del Pozo, Carlos Francisco. Manual del Derecho de la Comunidad Europea, Madrid DIJUSA Editorial, 2002. Págs. 425-428.
- 14 Véase: Alonso García, Ricardo. Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. Págs. 171-178.

## **CAPÍTULO III**

### **LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL ANDINO**

Las competencias del Tribunal Andino están definidas en el Capítulo Tercero del Tratado en seis secciones, con un reducido número de artículos, como en verdad corresponde a una sana virtud legislativa y que sigue en este respecto la metodología utilizada en el Tribunal Europeo. Cada sección corresponde a su vez a cada una de las acciones que pueden intentarse en la jurisdicción del Tribunal. No todas estaban incluidas en el texto original del Tratado, que solo incluía las acciones de nulidad e incumplimiento y la de interpretación prejudicial. Las posteriores: el recurso por omisión o inactividad, y los de la función arbitral y las de la jurisdicción laboral fueron añadidas en virtud del Protocolo de Cochabamba.<sup>1</sup> En total, para todas las competencias el tratado sólo les dedica 23 artículos.

Las disposiciones del Tratado al respecto se complementan con las del Estatuto en el Título Tercero bajo el nombre “De las acciones en particular” cuando, en puridad, debió haber repetido el epígrafe del Tratado y llamarlas “Competencias”. Contiene 38 artículos que aunque son de naturaleza reglamentaria, en algunos casos incluyen disposiciones que debieron estar contenidas en el propio Tratado, como las que se refieren a la caducidad de la acción de nulidad, la excepción de inaplicación y las medidas cautelares en el caso de la acción de nulidad.

#### **1. LA ACCIÓN DE NULIDAD**

Tiene por finalidad ejercer el control y fiscalización de los actos comunitarios, declarando la nulidad de las decisiones, resoluciones y convenios que sean dictados en contravención de las normas del ordenamiento jurídico andino; incluso por desviación de poder. Está basada en el principio de la tutela y el control de la legalidad que ejerce privativamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Como en el caso del derecho comunitario europeo, su origen al igual que la acción de incumplimiento y del recurso por omisión es una transposición de las competencias del Consejo de Estado francés en el procedimiento contencioso administrativo. Está regulada en los artículos 17 al 22 del Tratado del Tribunal y en los artículos 101 al 106 de su Estatuto.

La acción puede ser intentada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General, los Países Miembros y asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Tratado del Tribunal, las personas jurídicas o naturales cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos sean afectados.

Si bien el Tratado del Tribunal Andino solo dedica seis artículos a regular esta competencia y su Estatuto otros seis, la jurisprudencia del Tribunal ha definido los alcances y las limitaciones de esta competencia. Así, en su sentencia dictada en el Proceso 5-AN-97, publicado en la Gaceta Oficial N° 361, de 7 de agosto de 1998, señaló que: “La acción de nulidad es el medio establecido para garantizar la legalidad de los actos de los órganos del Sistema Andino de Integración, por la vía del control de su conformidad con las normas del ordenamiento comunitario que les sirven de fundamento” y “según la jurisprudencia de este Tribunal, los motivos de anulación que contempla el ordenamiento comunitario son todos aquellos que puedan afectar la validez de un acto administrativo, sea en el fondo o en la forma y pueden desembocar en la nulidad absoluta o relativa del acto”.

Las causales de anulación fueron definidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en la sentencia 4-AN-97, publicada en la Gaceta Oficial N° 373, de 21 de septiembre de 1998, partiendo de los cinco elementos esenciales del acto: la incompetencia, como vicio del sujeto; el vicio de forma, atinente al elemento formal del mismo; la desviación de poder, relativo al vicio en el fin perseguido; el falso supuesto de hecho o de derecho, que tienen que ver con la causa; y, finalmente la imposibilidad, ilicitud o indeterminación del contenido del acto, referente al objeto de éste.

De otro lado, la sentencia dictada en el proceso 1-AN-97<sup>2</sup>, de 26 de febrero de 1998, publicada en la Gaceta Oficial N° 340, de 13 de mayo de 1998, definió la “desviación de poder”:

*Se produce “cuando el agente o administrador obrando dentro de los ámbitos de su competencia, se aparta del fin previsto en la norma jurídica que lo regula o se separa del motivo jurídico que le dio origen a su competencia; esto es cuando la actuación no guarda armonía o sujeción con la normativa superior”. Citaba en dicha sentencia que “El principio de legalidad ya lo exponía Cicerón en sus diálogos sobre la República, cuando señalaba que la república no puede conservar su estabilidad a no ser que se dé en ella un equilibrio de derecho, deber y poder, de suerte que los magistrados no desemboquen en el poder omnímoto en que cayeron los*

*decenviros romanos que terminaron gobernando con la férula de un mando absoluto y a su capricho”, para terminar citando los postulados del preámbulo del Tratado de Maastricht con estas elocuentes palabras: “No puede desconocerse la relación estrecha que existe entre la seguridad jurídica y el progreso económico de manera equilibrada y armónica entre los Países Miembros. Tal principio, que está implícito en los sistemas democráticos, debe aplicarse también a los órganos de una comunidad de naciones”.*

Reafirmó así el principio de control de la legalidad de las normas jurídicas garantizado por la jurisdicción contencioso-administrativa que ejerce el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de conformidad con lo dispuesto en los mencionados artículos de su Tratado de Creación y de su Estatuto.

En la sentencia recaída en el Proceso 01-AN-96, publicado en la Gaceta Oficial Nº 266, de 20 de mayo de 1997, se había definido el carácter objetivo de la acción de nulidad, indicando que:

*“Esta acción, si bien subjetiva por lo que respecta a la legitimación para interponerla, es en cambio de carácter predominantemente objetiva en cuanto se encuentra consagrada en interés general a fin de que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría, y por ello en el sistema recursorio andino su ejercicio no persigue, cuando menos en forma directa, el restablecimiento de derechos particulares y concretos, sino, se repite, el imperio de la jerarquía normativa, característica de todo ordenamiento jurídico”. Y agrega que “Las características anotadas dan a esta acción comunitaria connotaciones emparentadas con las que en el derecho interno tienen las de nulidad: acción pública, de orden público, y el encontrarse en ellas comprometido el interés general; todo lo cual determina que sea accesible a todos o a la mayor parte de los sujetos del ordenamiento jurídico correspondiente y que, por la finalidad que comporta -la intangibilidad de dicho ordenamiento- no resulte pasible de desistimiento o de transacción.”*

La sentencia del 13 de octubre de 2000 dictada en el proceso 01-AN-98, publicado en la Gaceta Oficial Nº 631, de 10 de enero de 2001, aclaró el contenido del artículo 17 del Tratado que abre la vía de la acción de nulidad para los casos de incompetencia o vicio de forma, expresando que –“tanto en la formación (irregularidad en el procedimiento) como en la expresión del acto constituyen lo que



la doctrina francesa conoce como la legalidad externa del acto, sobre los cuales ejerce un control formal, mientras que la desviación de poder y la ilegalidad relativa al objeto y a la causa o motivos configurarían los vicios que afectan la legalidad interna”.

Una importante jurisprudencia del Tribunal respecto de los actos no demandables en acción de nulidad, es el célebre caso contenido en la sentencia recaída en el Proceso 24-AN-99, publicada en la Gaceta Oficial N° 542, de 8 de marzo de 2000, conocida como el caso “New Yorker” en el que se demandó la nulidad de dos resoluciones de la Secretaría General y donde el Tribunal definió la naturaleza jurídica de la acción de nulidad y estableció la diferencia que existe entre las varias resoluciones que emite la Secretaría diferenciando aquéllas que desarrollan en primer grado los tratados fundacionales, como son las contempladas en los artículos 73 y 74 del Acuerdo de Cartagena, que le otorgan a la Secretaría funciones “cuasi legislativas” que tienen similares semejanzas a las reservadas al Consejo Andino de Cancilleres y a la Comisión de la Comunidad Andina, y otras destinadas a colaborar con el Tribunal en la tarea de aplicación del Derecho comunitario como son los dictámenes respecto del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Países Miembros.

En dicha sentencia memorable el Tribunal definió la naturaleza jurídica de los dictámenes de la Secretaría General con estas palabras:

*“En esencia, desde el punto de vista sustancial, tales dictámenes, emitidos dentro del procedimiento establecido para adelantar la acción de incumplimiento, no son otra cosa que opiniones autorizadas, conceptos técnicos, experticias, que se constituyen por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en presupuestos procesales para que la acción de incumplimiento pueda ser llevada ante la instancia judicial” (...). “Aunque no obligan ni son vinculantes con respecto a la decisión del juez comunitario, deben ser emitidos como una obligación de la Secretaría General y como un requisito sin el cual, la acción, por lo general, no puede ser establecida.”*

En lo que respecta al acceso de los particulares, ya sean personas naturales o jurídicas, a la acción de nulidad, la jurisprudencia del Tribunal ha definido con bastante liberalidad el concepto de “intereses legítimos” contenido en el artículo 19 del Tratado del Tribunal en una célebre sentencia dictada en el Proceso 14-AN-2001, publicado en la Gaceta Oficial N° 991, de 02 de octubre de 2003. En dicho caso el actor alegó, y demostró a juicio del Tribunal, tal afectación a su interés legítimo, basándose en su condición de abogado en el ejercicio de su profesión y de ciudadano sujeto al régimen jurídico establecido en las normas comunitarias objeto de la demanda. Nada

dijo, es cierto, respecto del derecho subjetivo posiblemente afectado, pero no estaba obligado a hacerlo en la medida en que la norma que lo facultaba sólo exige para acreditar la titularidad de la acción que se demuestre cualquiera de los elementos o factores que sustentan su derecho: bien el interés legítimo o la afectación de un derecho subjetivo.

El Tribunal sostuvo que en el caso de la acción de nulidad la reforma para consagrar esta concepción amplia de participación de los particulares sustituyó el requisito existente en el Tratado originario de que el titular de la acción de nulidad debía ser, en el caso de los particulares, quien demostrara que la norma demandada le era aplicable y le causaba perjuicio por el requisito mucho más amplio y genérico de que las normas acusadas “afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”. “El particular que establece la demanda de nulidad se presenta alegando el interés legítimo del cual es titular; en primer lugar, por su condición de individuo que se beneficia directamente del ordenamiento jurídico andino, en donde los particulares tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de sus legítimos intereses inevitablemente comprometidos en virtud de las iniciativas y de los riesgos que están llamados a asumir, por ser destinatarios del proceso de integración andino.”

El Tribunal demostró así que el ordenamiento jurídico comunitario andino es, en este sentido, mucho más liberal que el de la Unión Europea cuyo tratado constitutivo limitó el acceso de los particulares a la justicia comunitaria al no reconocerles el derecho a impugnar los actos de carácter general de las instituciones comunitarias.<sup>3</sup>

Esa sentencia recayó en la demanda de un particular, el ciudadano colombiano Moyano que había solicitado la nulidad parcial de la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que regula los derechos de la propiedad intelectual en norma comunitaria para armonizarlos con el Convenio ADPIC de la Organización Mundial de Comercio, adoptada en Marrakech.

El Tribunal definió en dicha sentencia que el interés legítimo que tiene todo particular nacional de un país miembro para interponer la acción de nulidad lo es de manera amplia, pues en tales casos no es menester acreditar que lo afecta en un derecho subjetivo, y basta acreditar que es nacional de un país miembro de la Comunidad Andina, y por tal razón destinatario y beneficiario de dicho ordenamiento jurídico.

El ciudadano Moyano demandaba la nulidad de algunas disposiciones de dicha decisión por contravenir el ordenamiento jurídico comunitario y el Tribunal no sólo le dio la razón sino que, en un giro excepcional, se arrogó facultades legislativas, al modificar en su sentencia determinados artículos que según el criterio del Tribunal estaban en contradicción con el ordenamiento jurídico comunitario.

No obstante la trascendencia de esta sentencia se ha criticado que el Tribunal no se limitara a declarar la nulidad y remitiera el asunto a la consideración de la Comisión del Acuerdo de Cartagena para que procediera a promulgar la enmienda correspondiente ya que el Tratado de Creación no le otorga al Tribunal facultades legislativas, que están reservadas exclusivamente, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión y, en ciertos casos, a la Secretaría General según corresponda y en el caso en mención el Tribunal, al emitir la sentencia se arrogó facultades legislativas que no son de su competencia toda vez que no se limitó a declarar la nulidad de los artículos 1 y 279 de la Decisión 486, que habían sido demandados en nulidad sino que señaló el texto que dichos artículos deberían contener. Al hacerlo, trasgredió el principio de atribución de poderes y equilibrio institucional, el cual implica que cada institución del sistema comunitario tiene la obligación de actuar de acuerdo a las competencias específicamente ligadas a la consecución de los objetivos y dentro de los límites que le han sido conferidos en los tratados constitutivos, sin que pueda arrogarse facultades que son privativas de otros órganos comunitarios.<sup>4</sup> Como dice Guy Isaac al referirse al contenido de las sentencias de anulación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: “El Juez solo puede anular el acto discutido cuando se revela ilegal o, por el contrario, rechazar la demanda, lo que equivale a confirmarlo.”<sup>5</sup>

La observación que hacía la Comisión cuando manifestaba que la sentencia recurrida resulta contraria al Acuerdo de Cartagena, al alterar gravemente la distribución de competencias prevista en las normas comunitarias constitucionales del esquema andino de integración, invitaba a que el Tribunal se limitara a declarar solamente la nulidad de dichos artículos y devolver el texto del artículo 279 a la Comisión del Acuerdo de Cartagena para que promulgase otro recogiendo las conclusiones de la sentencia de este Tribunal y así como reenumerar los artículos de la decisión impugnada.

En cuanto a la solicitud subsidiaria de aclaración que había formulado la Comisión, carecía de objeto pronunciarse sobre ella en la medida en que, de un lado, la solicitud de enmienda era solo atendible parcialmente y de otro lado porque no se puede subsidiariamente modificar por esa vía lo que el Tribunal había resuelto específicamente en lo que se refiere a los artículos 1 y 2 de la Decisión 486 en la sentencia recurrida y que constituía, res iudicata, arreglada a derecho en una correcta

aplicación de la norma comunitaria de derecho primario sin que existiesen “inexactitudes evidentes” que pudieran franquear el acceso a su revisión de acuerdo con los artículos 92 y 93 del Estatuto del Tribunal.

La Comisión, en su solicitud, había hecho una apreciación, errónea en concepto del Tribunal de los efectos que podrían derivarse de la sentencia y las puso de manifiesto condensándolas en un pliego de preguntas que había solicitado absolver al Tribunal. Se centraban casi todas a sugerir que por el mérito de dicho fallo los Países Miembros se verían impedidos de otorgar los beneficios tanto de la nación más favorecida como del trato nacional a terceros países en el campo del derecho de la propiedad intelectual, con las implicaciones que ello tendría para las obligaciones que habían asumido los países comunitarios en el marco de la OMC.

Sin embargo, la sentencia no implicaba, de manera alguna, que los Países Miembros se encontraran impedidos de otorgar a terceros países, de manera individual, los beneficios del trato nacional y de la nación más favorecida en cumplimiento de los compromisos internacionales que han contraído. Los podían y pueden hacer perfectamente; y es más, están obligados a hacerlo por el hecho de ser parte en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que es instrumento ligado de manera indisoluble al acuerdo que establece la Organización Mundial de Comercio, conocido como el Acta de Marrakech.

Dichas obligaciones emanan de dichos convenios internacionales que han suscrito y ratificado no por mandato de la Decisión 486, reformada en este punto por la Sentencia del Tribunal- que se limita a expresar que tales beneficios serán otorgados, recíprocamente, entre los Países Miembros, ya que eso era todo cuanto la Comisión podía otorgar de acuerdo con el derecho primario, que obviamente carecía de mandato para obligar a los Países Miembros a otorgar dichos beneficios a terceros países, como tampoco podía prohibirles que lo hicieran de manera individual. Eso toca y corresponde a cada País Miembro dentro de sus compromisos asumidos, de manera individual, al suscribir y ratificar los convenios internacionales que lo obligue a ello, siempre y cuando éstos no sean contrarios u opuestos al Acuerdo de Cartagena, como era el caso.

Sostener lo contrario hubiera sido admitir que la Comisión podría suscribir y ratificar Tratados Internacionales que obligaran a los Países Miembros lo que, aún en el caso de tratados de comercio, requeriría de una enmienda al Tratado constitutivo que, en todo caso, supondría una profundización en el proceso de integración. Hay que diferenciar, claramente entre la armonización de la legislación comunitaria y la

legislación comercial internacional, como lo ha venido haciendo la Comisión con la suscripción o ratificación o, en su caso, la homologación total, de dichos instrumentos.

La Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina fue promulgada, para poner en práctica el contenido del ADPIC e incorporarlo a la normativa comunitaria debidamente armonizada. Y, en efecto, dicho instrumento recoge de manera admirable gran parte del ADPIC, lo que facilita la aplicación uniforme del derecho comunitario en esta área tan sensible, pero al conceder derechos a terceros países en los artículos 1 y 2 la Comisión, inadvertidamente, se había extralimitado del marco de sus competencias incurriendo en una causal de incompetencia ya que no tiene facultades específicas para ello.

La Comisión, al promulgar la Decisión 486, actuó de conformidad con el mandato del Consejo Presidencial Andino de 1995 que la instó a *“tomar en cuenta los trascendentales acuerdos logrados en el marco de la finalización de la Ronda Uruguay, y a conciliar la normativa andina, en los diferentes temas, con la normativa de la OMC”*, pero dicho mandato, que fue cumplido con toda propiedad y oportunidad, no la facultó, ni podía hacerlo, sin que se reformase el Acuerdo de Cartagena en tal sentido, para otorgar beneficios a terceros países de manera unilateral, -más propios de un tratado multilateral donde todas las partes se los otorgan recíprocamente- como tampoco hubiera podido autorizar a la Comisión a suscribir el tratado ADPIC en nombre y representación de los cinco Países Miembros.

El mandato otorgado por el Consejo Presidencial Andino se enmarcaba de manera apropiada dentro de los límites impuestos en el artículo 22, inciso c), del Acuerdo de Cartagena en el sentido de *“coordinar la posición conjunta de los Países Miembros en foros y Negociaciones Internacionales en el ámbito de su competencia”*, lo que no incluye, por cierto, otorgarle a la Comisión las facultades que inadvertidamente se había arrogado.

Caso distinto a la nulidad de los artículos 1 y 2 es la que se refiere a la nulidad del artículo 279 de la Decisión 486. En efecto, conforme se ha puntualizado en los párrafos anteriores, la Comisión, dentro del marco de sus atribuciones, había promulgado la Decisión 486 para armonizar la normativa andina con el ADPIC y en el caso del impugnado artículo 279 se había limitado a dejar a salvo el derecho de los Países Miembros a que suscriban tratados de cooperación en materia de propiedad industrial que no vulneraran la Decisión, e instar, pero en ningún caso obligar, a que los Países Miembros suscribieran el tratado de cooperación en materia de patentes. Esto no pasaba de ser una recomendación, como también lo pudo haber hecho con relación a la suscripción y ratificación del Acta de Marrakech y otros tratados

internacionales de comercio en el legítimo ejercicio de las atribuciones que emanan del Acuerdo de Cartagena y, especialmente en este caso, del mandato recibido del Consejo Presidencial Andino de 1995.

### **1.1. Prescripción de la Acción de Nulidad.**

Los Países Miembros sólo pueden intentar la acción de nulidad en relación con aquellas decisiones o convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Tratado, lo que no es de aplicación extensiva a las personas naturales o jurídicas que, como en el caso anterior, hayan sido afectadas en sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Tratado.

Sin embargo, aunque hubiera vencido el plazo cualquiera de las partes en un litigio planteado ante los jueces nacionales puede solicitar ante dicho fuero la inaplicabilidad de la norma al caso concreto, si es que ésta contraviene el ordenamiento jurídico comunitario. En este último caso, el juez nacional deberá suspender el procedimiento hasta recibir la providencia del Tribunal Andino, la que será de aplicación obligatoria en la sentencia.

Aún cuando la interposición de la acción de nulidad no afecta a la eficacia o vigencia de la norma impugnada, el Tribunal Andino, a pedido de parte, puede ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la decisión, resolución o convenio o disponer otras medidas cautelares si pudiera causar al demandante perjuicios irreparables, de manera que antes de resolverse definitivamente una causa, es posible solicitar la suspensión provisional del acto impugnado con el fin de evitar que continúe el perjuicio alegado o que éste se agrave, de conformidad con el artículo 21 del Tratado de Creación.

Esta facultad se basa en que si bien la interposición de la acción de nulidad no afecta la eficacia o vigencia de la norma o convenio impugnados, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, puede ordenar la suspensión provisional de dichas normas acusadas de nulidad o disponer otras medidas cautelares, si ello pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva.

Finalmente, cuando el Tribunal Andino declare la nulidad total o parcial de la norma impugnada, señalará los efectos de la sentencia en el tiempo.

## **1.2. La legitimidad activa de los particulares en el recurso de anulación de la Unión Europea.**

El artículo 263 TFUE (antiguo artículo 230 TCE) señala que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.

Asimismo, el TJUE es competente para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el Tribunal de Cuentas, por el Banco Central Europeo y por el Comité de las Regiones con el fin de salvaguardar prerrogativas de éstos. Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución. Los actos por los que se crean los órganos y organismos de la Unión podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos u organismos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos. Los recursos deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo.

En la Comunidad Andina, según la sentencia antes citada en el Proceso 14-AN-2001, la acción de nulidad se asemeja más a una acción popular ya que permite un control objetivo y directo de la norma comunitaria por un particular. En la Unión Europea en cambio la jurisprudencia *Extramet*<sup>6</sup> ha señalado que un particular se encuentra legitimado si los efectos de la norma afectan su situación personal, patrimonial y económica, teniendo en cuenta su situación actual en el mercado. En el caso de la Comunidad Andina como fue el caso antes citado del ciudadano Moyano, la norma anulada no le ocasionaba una repercusión económica, de donde resulta

evidente que no existía nexo alguno de ese carácter del ciudadano con el acto impugnado.

Respecto al posible colapso de un tribunal por el acceso de los particulares, cabe recordar la asfixia que sufrió el Tribunal europeo de Derechos Humanos por el ius standi otorgado a los particulares, ya que mediante el Protocolo N° 11, de 1998 se les había dado un acceso directo al Tribunal, reconociendo así que las personas son “sujetos de derecho internacional pleno”. Posteriormente, tuvo que regresar al filtro de la Comisión mediante el Protocolo de Enmienda N° 14, ya que con el ius standi otorgado habían aumentado las demandas en un 500%, siendo un 90% de ellas inadmisibles, lo que había dado nacimiento a una especie de “cultura de la reclamación”, sobre todo, en la Europa del Este.<sup>7</sup> Cabe señalar que, el Protocolo N° 14 (mayo 2004) completa los mecanismos de control del convenio y ha sido ampliado por el Acuerdo de Madrid, en mayo de 2009, entrando en vigor el 1 de junio de 2010. Si bien no se restaura la Comisión, crea procedimientos adicionales de admisibilidad y mecanismos de revisión antes de que la plenaria de la corte evalúe los casos.<sup>8</sup>

Si bien la acción de nulidad dentro de la Comunidad Andina es objetiva, es decir, un proceso “sin partes”, por cuanto es un verdadero proceso al acto, que no solo busca resguardar los derechos de los particulares, sino también ejercer un control objetivo, directo y abstracto de la norma, por un interés general en la legalidad y en el respeto del principio de la jerarquía normativa<sup>9</sup> que puede y de hecho constituye un control directo por parte de los particulares; sin embargo, cabe matizar que no lo es del todo ya que, en el caso de los Estados Miembros, exige como requisito de admisibilidad que no haya aprobado el acto acusado de nulidad con su “voto afirmativo”, lo que deja en duda su supuesto carácter objetivo.

En la Comunidad Andina existe una legitimación activa ampliada y extraordinaria, en gran medida a causa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se puede sintetizar de la siguiente manera: En la acción de nulidad se exige que el particular se encuentre afectado en sus derechos subjetivos o en su legítimo interés; en la acción de incumplimiento en contra de los Países Miembros se exige que el particular se vea afectado en sus derechos subjetivos, no bastando la afectación de un legítimo interés<sup>10</sup>; en la interpretación prejudicial es el juez nacional, y no los particulares, el legitimado, a fin de acudir al Tribunal de Justicia; en la acción por omisión o inactividad se exige que el particular se vea afectado en sus derechos subjetivos o en su legítimo interés, al igual que en la acción de nulidad; en la acción arbitral los particulares pueden acudir al Tribunal de Justicia cuando se trate de actos jurídicos normados bajo el derecho comunitario (por ejemplo, contratos privados)<sup>11</sup>; en la acción laboral, acuden los trabajadores o funcionarios de los órganos e instituciones de la Comunidad Andina.



Por el contrario el recurso de anulación europeo es subjetivo, ya que es un proceso inter partes, que busca resguardar los derechos del particular, como si fuera un verdadero “recurso de “amparo” y donde no existe un control directo de la legalidad por parte del particular. Así, a manera de ejemplo, según la jurisprudencia del TJUE el beneficiario potencial de una ley tributaria (de manera abstracta y general) no califica como una afectación directa ni individual, ni tampoco se encuentra en “una situación análoga al destinatario” de la norma<sup>12</sup>, de modo que no existiría un interés actual, directo y personal. En otras palabras, si la norma no lo afecta, carece de interés para él anularla. De esta manera, el TJUE a través de su jurisprudencia ha limitado en gran medida el acceso de los particulares, contrariamente a lo que sucede en el TJCA, como se ha visto.

En el recurso de anulación exige para interponerlo ser destinatario de la norma o, en su caso, si no destinatario, al menos afectado directa e individualmente por ella.<sup>13</sup> Lo que significa que en consecuencia, en los hechos, se torna prácticamente imposible el acceso de los particulares.

## **2. LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO**

Está regulada en los artículos 23 al 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en los artículos 107 al 120 de su Estatuto. El derecho comunitario andino, a diferencia del derecho de la Unión Europea, prevé un mejor acceso de los justiciables particulares, tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas a la acción de incumplimiento y ésta es una diferencia fundamental entre uno y otro sistema.

El Tribunal Andino en su sentencia del 24 de Setiembre de 1998 en el Proceso 2-AI-97, publicado en la Gaceta Oficial N° 391, de 11 de diciembre de 1998, ha descrito y definido la acción de incumplimiento señalando que está diseñada de modo restrictivo y ponderado en dos etapas, una previa de carácter administrativo, precontenciosa, que se desarrolla ante la Junta (organismo que fue luego reemplazado por la Secretaría General) y que constituye un diálogo entre el órgano comunitario y el País Miembro que supuestamente ha incumplido, para permitirle corregir su conducta en esta primera etapa de formulación de observaciones por la Secretaría General.

Esta etapa previa conciliatoria puede desembocar en la solución del impasse por acatamiento del Estado a las observaciones, y en caso contrario, si la primera fase

se ha visto frustrada en sus objetivos se produce la expedición de un dictamen motivado para que se corrija el incumplimiento. Si el Estado por el contrario persiste en su conducta incumplidora, la Secretaría General puede solicitar a la brevedad posible el pronunciamiento del Tribunal abriéndose así la fase judicial. En el Proceso 05-AI-2008, publicado en el Gaceta Oficial N° 1824, de 26 de abril de 2010 sobre una acción de incumplimiento en contra de la República del Perú, la Secretaría General emitió un dictamen de incumplimiento, y sin embargo no procedió a interponer la acción de incumplimiento ante el TJCA, por lo que finalmente fueron las empresas privadas afectadas con ese incumplimiento quienes acudieron directamente al TJCA.

El derecho comunitario andino permite el acceso de los justiciables privados, sean éstos personas naturales o jurídicas, a la acción de incumplimiento bien en una acción directa ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, bien ante los jueces nacionales siempre y cuando el presunto incumplimiento de un País Miembro de las obligaciones emanadas de las normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina afecten sus derechos subjetivos. Así lo disponen los artículos 25 y 31 del Tratado.

En este punto, resulta relevante tener en cuenta los Procesos 114-IP-2009, sentencia de 29 de abril de 2010 y 115-IP-2009, publicado en la Gaceta Oficial N° 1828, de 30 de abril de 2010 mediante los cuales el abogado colombiano Marcel Tangarife Torres demanda la nulidad de una norma colombiana en sede nacional por contravenir la normativa comunitaria de plaguicidas (la Decisión 436 y la Resolución 630 de la Secretaría General de la Comunidad Andina) por lo que el juez colombiano solicitó interpretación prejudicial al TJCA.

## **2.1. La responsabilidad extracontractual y la indemnización de daños y perjuicios.**

El artículo 31 del Tratado de Creación del TJCA dispone que:

*“Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.”*

En el eventual supuesto que el juez nacional declare la nulidad de la norma nacional al haber contravenido el País Miembro el artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA; el particular podría, posteriormente, solicitar una indemnización por daños y perjuicios alegando que, mediante dicho incumplimiento, se han afectado sus derechos, de conformidad con el principio de la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros por infracción del Derecho Comunitario Andino.

Al respecto, cabe señalar que la sentencia nacional, que declare la no conformidad de la norma nacional con la norma comunitaria, tiene efectos que se pueden traducir en una condena pecuniaria, de conformidad con la normativa interna, haciendo efectivo el principio de la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros por incumplimiento de la normativa comunitaria y acercando mucho más el proceso de integración al ciudadano receptor de la normativa comunitaria.

Asimismo, la sentencia nacional, que declare la no conformidad de la norma nacional con la norma comunitaria, ya probaría el hecho del incumplimiento del País Miembro, correspondiéndole al afectado probar el daño y el nexo causal, de conformidad con la normativa nacional.

En conclusión, si un particular adopta la vía del artículo 31 del Tratado de Creación del TJCA, de obtener una sentencia nacional favorable (en este caso, nulidad de las normas nacionales por contravención de la normativa andina), tiene la posibilidad de acudir nuevamente a los jueces nacionales para solicitar la indemnización por daños y perjuicios, por lo que en el Proceso 114-IP-2009, ya citado, resulta claramente pertinente hacer mención a la eventual indemnización de daños y perjuicios de particulares afectados.

La mención a la posibilidad de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios es un asunto que puede plasmarse: i) en el marco de una sentencia de incumplimiento del TJCA, así como, ii) en el marco de una sentencia nacional que declare el incumplimiento del País Miembro, toda vez que el principio de la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros por infracción del Derecho Comunitario Andino se aplica cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.

## **2.2. La responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias de la Comunidad Andina.**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), tras llevar a cabo cierto reforzamiento del control de legalidad en el marco del tercer pilar al abrir el mismo, bajo ciertas condiciones a las «posiciones comunes», no se vio capaz, sin embargo, de superar las insuficiencias de dicho pilar en lo concerniente a la acción de responsabilidad extracontractual (no contemplada en el tratado), sosteniendo que «corresponde, en su caso, a los Estados miembros, con arreglo al artículo 48 del Tratado UE, reformar el sistema actualmente en vigor».

Ante el evidente riesgo que suponía dejar indefensos a los ciudadanos, en términos de indemnización, frente a los daños y perjuicios que les hubiera podido ocasionar el poder público europeo, el TJUE optó por la salida de descartar tal indefensión, trasladando la responsabilidad al escalón nacional en los siguientes términos: Es preciso recordar que incumbe a los Estados miembros y, en concreto, a sus órganos jurisdiccionales interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que permitan a las personas físicas y jurídicas impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional que les afecte relativa a la elaboración o a la aplicación de un acto de la Unión Europea y solicitar, en su caso, la reparación del perjuicio sufrido.

El autor opina que esta solución del TJUE se encuentra escasamente motivada ya que resulta difícil de aceptar el traspaso de la responsabilidad a unos Estados miembros que, llegado el caso (aún admitiendo el amplio margen de maniobra del que en principio gozan los Estados en el contexto del tercer pilar), pueden estar ejecutando actos de la unión en términos reglados. Resulta aún más difícil de aceptar, en fin, la doctrina de un Tribunal que asume la inexistencia de responsabilidad extracontractual de las instituciones de la unión cuando ese mismo Tribunal «construyó» literalmente, en el marco del pilar comunitario y en ausencia de previsiones al respecto en el Tratado, un régimen de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros derivada de infracciones del Derecho comunitario, argumentando al respecto que la responsabilidad extracontractual no sería sino la expresión de «un principio general» que pone de manifiesto «la obligación de los poderes públicos de indemnizar los daños causados en el ejercicio de su funciones» (asunto *Brasserie du Pécheur*, 1996), y que la propia carta de Niza consagraría como un derecho fundamental.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -la misma que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados-, bajo el título “derecho a una buena administración”, dispone que “toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus

instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados Miembros”.<sup>14</sup>

En la Comunidad Andina el TJCA en el Proceso 214-AN-2005, publicado en la Gaceta Oficial N° 1498, de 16 de mayo de 2007, dejó aclarado el asunto de la siguiente manera:

*“En este sentido, es preciso señalar que la inobservancia de un plazo para emitir una resolución, puede ser subsanado como en el caso de autos, y que dicha inobservancia no ha ocasionado ninguna restricción o recorte al derecho de defensa del actor. Sin embargo, este Tribunal considera que la Secretaría General está obligada a cumplir con los plazos que establece la norma y por tanto, sería responsable por los daños y perjuicios que su demora pudiera haber ocasionado a la parte afectada; pero ello no puede acarrear la nulidad del acto administrativo, ya que la inobservancia de un plazo no afecta la sustancia del acto, ni el debido proceso como en el presente caso. De otro lado, el ordenamiento jurídico comunitario otorga al actor un medio específico de defensa contra la inacción de la administración, mediante el “Recurso de Omisión”, desarrollado en el acápite anterior que sirve para exigir al órgano administrativo correspondiente que se encuentren en situación de incumplimiento de una actividad a que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, a cumplir con su conducta de emitir el pronunciamiento respectivo.”*

Posteriormente, en la solicitud de aclaración presentada por la Secretaría General, en dicho Proceso 214-AN-2005, mediante auto de 21 de marzo, publicado en la Gaceta Oficial N° 1498, de 16 de mayo de 2007, el TJCA señaló, de manera contundente que:

*“Conforme a lo anotado anteriormente, queda clara la facultad de este Órgano de referirse a la eventual responsabilidad que podría sobrevenirle a la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como, en su caso, a cualquier órgano de la comunidad, por infracción de la normativa comunitaria, aún en asuntos que si bien no están específicamente señalados en las normas primarias y secundarias del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, su efectividad se deriva de sentencias anteriores que así lo han declarado y que al hacerlo no han hecho sino aplicar al caso subjudice las normas que son comunes en las legislaciones nacionales de los Países Miembros y que no son sino la correcta aplicación de los principios*

*fundamentales del Derecho comunitario que, como es sabido, se ha construido, fundamentalmente, por vía pretoriana, con las sentencias expedidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.”*

Y en este sentido, el tratadista Ricardo Alonso García, en su estudio titulado “Actividad Judicial v. Inactividad Normativa”<sup>15</sup>, al desarrollar el tema de las funciones del Tribunal de Justicia Comunitario Europeo señala:

*“A tales efectos, la actividad del Tribunal parece estar dirigida, en principio, hacia tres direcciones: en primer lugar, hacia la constatación de un incumplimiento de la obligación de legislar por parte de las Instituciones comunitarias (1) y de los Estados miembros (2); en segundo lugar, hacia la efectiva aplicación del Derecho Comunitario pese a ausencias de ejecución o ejecuciones incompletas a través de la generalmente denominada eficacia directa, complementada en su caso con la responsabilidad de los poderes públicos por los daños y perjuicios que su inactividad pueda provocar a los particulares (sin perjuicio de que ni una ni la otra eximan a los poderes normativos de su obligada intervención); finalmente, hacia la satisfacción de las insuficiencias o silencios del Derecho positivo comunitario por la vía de la configuración pretoriana de principios generales del Derecho.”*

Por ello, el incumplimiento de tales deberes o su cumplimiento tardío, en la medida que perjudicare los objetivos de la integración y afectare derechos, conlleva responsabilidad comunitaria frente a los otros órganos e instituciones del Sistema, frente a los Países Miembros y frente a los particulares, responsabilidad que surge del mismo espíritu de la integración sin necesidad de que expresamente se hubiese consagrando en una norma. Así, el hecho que no exista en el ordenamiento jurídico comunitario una vía prevista para reclamar respecto de una “declaración de responsabilidad”, no es óbice para que ésta pudiera, eventualmente, ser reclamada ante la jurisdicción comunitaria.

### **2.3. La legitimidad activa de los particulares en la acción de incumplimiento.**

Se debe distinguir claramente entre los conceptos de “derecho subjetivo” y “legítimo interés”, a fin de no caer en confusión o en imprecisiones. El artículo 49 literal b) del Estatuto del Tribunal señala que la demanda de incumplimiento deberá llevar anexa, si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren

que la decisión, la resolución o el convenio impugnado afectan sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos. Sin embargo, el artículo 108 del mismo cuerpo legal señala que: “Son titulares de la acción de incumplimiento: la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 23, 24 y 25 del Tratado y al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General”.

Al respecto, el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal señala lo siguiente: “Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24. La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa”.

El artículo 49 literal b) incluye, en mi criterio, de manera errónea a los particulares afectados en su legítimo interés, cuando en realidad para poder incoar la Acción de Incumplimiento se exige la afectación de un derecho, como claramente lo indican los artículos 19 y 25 del Tratado de Creación del Tribunal que diferencian claramente ambos conceptos, por lo que se debe concluir que siendo el Estatuto una norma derivada o secundaria está subordinada a la norma fundamental o primaria del Tratado de Creación del TJCA, por lo que es ésta última la que debe primar sobre aquélla y aplicarse obligatoriamente.

En efecto, el artículo 19 del Tratado dice a la letra: *“Las personas naturales y jurídicas podrán intentar la acción de nulidad contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General o de los Convenios que afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos (subrayado nuestro), y el artículo 25 dice por su lado:(...) “Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento (subrayado nuestro) de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24. La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa”.*

En ese sentido, el Tribunal ya hizo la distinción entre ambos conceptos - derecho subjetivo y legítimo interés - en diversos procesos, tales como en el caso “Contrachapados” (Proceso N° 04-AN-97)<sup>16</sup> (y en la Acción de Incumplimiento incoada por el abogado colombiano César Moyano Bonilla (Proceso N° 75-AI-2001). Asimismo, en una jurisprudencia reciente de este Tribunal, en el Proceso 03-AI-2006, se ha señalado lo siguiente:

*“(...) Es decir, el particular que pretenda ejercer la Acción de Incumplimiento deberá tal y como lo ha mencionado este Tribunal en algunas providencias: “(...) Que de conformidad con la disposición prevista en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, la posibilidad de ejercer la acción de incumplimiento corresponde a las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento del País Miembro demandado. Ello significa que la legitimación para ejercer la acción de incumplimiento exige la existencia de una relación de identidad entre el titular del derecho subjetivo y el de la acción, de modo que ésta sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de aquél; Que, a diferencia del interés legítimo, el derecho subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestación dirigida específicamente a la satisfacción del interés del primero. En este contexto, el hecho constitutivo de la inejecución de la prestación debida, por parte del País Miembro obligado, configura una situación de hecho que, al tiempo de infringir el orden normativo, lesiona el derecho subjetivo de su titular y, en consecuencia, lo legitima para formular, en sede judicial, una pretensión dirigida a declarar cierto el incumplimiento demandado, a ordenar el restablecimiento del orden normativo infringido, y, a diferencia de la acción de nulidad, a obtener, en las condiciones previstas en el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal, la reparación de la lesión y, por esta vía, la satisfacción de su derecho; (...)”. (Proceso 75-AI-2001. Sentencia de 29 de mayo de 2002, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 825, de 14 de agosto de 2002). (...)”*

En el Proceso 75-AI-200117, continúa señalando:

*“(...) Que, en el caso de autos, el actor no se afirma titular de un derecho subjetivo sino de un interés legítimo, suficiente para ejercer la acción de nulidad, pero no bastante para ejercer la de incumplimiento; y que, ciertamente, no es posible identificar a su respecto, a propósito del hecho presuntamente constitutivo del incumplimiento del País Miembro demandado, la estructura de una relación jurídica en cuyo ámbito ocupe la posición de ventaja en que se expresa la titularidad del derecho subjetivo. Tampoco se observa en el caso demostración alguna de que se haya producido, en perjuicio del actor, la privación de un derecho o el impedimento, restricción u obstaculización de su ejercicio; Que, por otra parte, el Estatuto del Tribunal, al disciplinar los requisitos adicionales de la demanda en la acción de nulidad (artículo 48, literal) y en la de*



*incumplimiento (artículo 49, literal b), exige en ambos casos el mismo requisito probatorio de la afectación de los derechos subjetivos o de los intereses legítimos del actor, como si el ejercicio de ambas acciones se hallase sujeto a las mismas condiciones, siendo así que el Tratado de Creación del Tribunal las diferencia nítidamente en sus artículos 19 y 25, por lo que, tratándose el Estatuto de una norma derivada o secundaria frente a la norma fundamental o primaria del Tratado, ésta debe primar sobre aquélla y aplicarse obligatoriamente con preferencia; (...)."*

Según la jurisprudencia del TJCA, existen tres categorías principales:

Derecho subjetivo: Es donde existe una utilidad directa e inmediata para su titular, a razón de un interés individual. Donde hay una relación personal (norma de relación). Es por lo tanto un derecho exclusivo del titular, por lo que eventualmente cabe una indemnización por su derecho conculcado. Se otorga así una protección perfecta al justiciable particular por parte de la norma andina.

Legítimo interés: Es donde existe una utilidad indirecta, adjetiva e instrumental, o, en todo caso, una razón de interés público pero ésta no es individual, como en el caso de los derechos subjetivos. En el caso del legítimo interés si bien hay una relación directa, ésta no es personal en el sentido que le pueda conferir a su titular el derecho a ejercer una acción. Se trata de una concurrencia de individuos por lo que no cabe indemnización alguna y por eso no se le otorga una protección perfecta por parte de la norma andina a diferencia de los que se ven afectados en sus "Derechos subjetivos". A diferencia del "Derecho subjetivo" es una situación jurídica material de ventaja que no ha de entenderse de manera abstracta, sino que ha de ser considerada, en función de un derecho vulnerado específico. Un ejemplo de ello es cuando un acreedor tiene un legítimo interés en que el deudor disponga de sus bienes de modo que pueda cumplir con su obligación. Asimismo, el cónyuge culpable tiene un legítimo interés en que el cónyuge inocente solicite el divorcio, de lo contrario, sería un abuso del derecho. Cuando el titular de una marca registrada se opone al registro de un signo similar y confundible.

Simple interesado: Es el que tiene todo o cualquier individuo que pertenece a una colectividad y como tal puede, como muchos otros pertenecientes a dicho colectivo, ejercer una "Acción Popular" "cualquiera y todos" pueden accionar, fundándose en un mero "derecho de denuncia" donde el "simple interesado" se encuentra legitimado, a fin de incoar dicha acción, pero ello no implica conceder a los ciudadanos un derecho material, sino tan sólo les franquea uno de carácter procesal. En el simple interesado no existe un perjuicio directo ni ninguna relación directa con la norma acusada, por lo tanto, no existe vínculo jurídico alguno entre el hecho y el actor, y éste acciona en su simple calidad de ciudadano. Hay sólo un simple interés

“uti civis”, por el simple hecho de ser ciudadano, y este “uti civis” lo tienen todos los ciudadanos en la plenitud de sus derechos cívicos en base a su “status civitatis”.

Por otro lado, en la Unión Europea el particular se encuentra impedido de ejercer una acción de incumplimiento en contra de un Estado miembro, y en el caso del recurso por inactividad de las instituciones se le exige ser destinatario de la norma o, en su caso, si bien no destinatario al menos afectado directa e individualmente, al igual que en el Recurso de Anulación. En este caso, las normas de la Comunidad Andina y las de la Unión Europea son similares y aunque redactadas de distinta manera, la idea en el fondo es la misma, en el sentido que: el “destinatario” de la norma comunitaria (Derecho Europeo) es el afectado en sus “derechos subjetivos” (Derecho Andino). Asimismo, el “no destinatario pero que le afecta de manera directa e individual” (Derecho Europeo) es el que cuenta con un “legítimo interés” (Derecho Andino).

Respecto al tema de la legitimidad activa de los particulares, el jurista Marcial Rubio señala que existen tres situaciones básicas: (a) Derecho subjetivo (como una acción personalísima); (b) Legítimo interés; y, (c) Acción Popular: Puede ser accionada “por cualquiera y por todos”, por lo que el simple interesado actúa por el interés general y nunca por un interés particular siendo, por lo tanto, un derecho procesal más que uno material.<sup>18</sup> Dicho jurista se encuentra en la misma línea de interpretación del TJCA al realizar dicha conceptualización tripartita.

Resulta relevante analizar otras teorías sobre la legitimidad activa y el acceso de los particulares por la trascendencia de estas categorías para una cabal interpretación y aplicación del Derecho comunitario de lo que debe entenderse por Derecho subjetivo y el legítimo interés:

#### **a) Tesis de la utilidad garantizada:**

Se realiza la distinción entre el Derecho subjetivo y el Legítimo interés señalando que en el primero existe una utilidad legal garantizada de poder exigir a otros un determinado comportamiento, cual “facultad de señorío”. Existe ahí una utilidad directa, sustancial e inmediata de la norma por parte del particular afectado; mientras que en el caso del Legítimo interés hay una utilidad indirecta, instrumental y adjetiva de la norma por parte del particular afectado, lo que implica una protección menor o en todo caso menos perfecta que en el caso de la afectación de un Derecho subjetivo.

## **b) Tesis según la distinción de la norma:**

Esta tesis por otro lado sostiene que el derecho subjetivo implica una “norma de relación”; mientras que, el legítimo interés y el simple interesado determinan una “norma de acción”, que vela por una utilidad pública, con el mero interés de una buena actuación de la Administración Pública.

## **c) Tesis de la exclusividad y la concurrencia:**

Según esta tesis el Derecho subjetivo implica una relación de exclusividad, ya que la acción puede ser ejercida sólo por el titular, por lo tanto, cabe una indemnización, lo que se traduce en una protección más perfecta de la norma a favor del afectado, mientras que el caso del legítimo interés implica una situación de concurrencia, ya que la acción puede ser ejercida por varios sujetos y al mismo tiempo en beneficio de la comunidad y del interés público, por lo que no cabe indemnización alguna<sup>19</sup>, lo que implica una protección menos perfecta de la norma.

Finalmente, la legitimidad activa en los procesos ante el TJCA, en la acción de nulidad se exige que el particular se vea afectado en sus Derechos subjetivos o en su legítimo interés y en la acción de incumplimiento en contra de los Países Miembros, se exige que el particular se vea afectado en sus derechos subjetivos, no bastando la afectación de un legítimo interés. Una interpretación distinta a este tema, abriría indiscriminadamente las puertas a los particulares para que puedan demandar directamente a los Países Miembros e incluso sancionarlos.

En cambio, en el derecho de la Unión Europea, como es sabido, esta acción directa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea está reservada sólo a los Estados miembros o a la Comisión de la Unión Europea, de conformidad con los artículos 258, 259 y 260 TFUE; sin embargo, los justiciables particulares de la Unión Europea pueden acceder a esta acción de manera indirecta mediante el ejercicio de la consulta o interpretación prejudicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 TFUE. En este último caso, el Tribunal debe pronunciarse acerca de la interpretación del derecho de la Unión Europea en un caso en particular donde se alegue el incumplimiento por parte de un Estado miembro y que éste incumplimiento haya afectado un derecho subjetivo del justiciable particular.

En el derecho andino en cambio existe la alternativa para que los justiciables particulares puedan elegir entre acudir directamente al Tribunal Andino mediante el procedimiento establecido en el artículo 24 del Tratado o hacerlo también directamente ante los jueces nacionales competentes “de conformidad con las prescripciones del derecho interno”, aunque ambas acciones son excluyentes entre sí conforme lo dispone el artículo 25 del Tratado del Tribunal.

El derecho comunitario andino goza por lo tanto de una mayor apertura que el europeo en este ámbito. También la tiene, y con mayor amplitud, en el ejercicio de la acción de nulidad contra las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina y las resoluciones de la Secretaría General, entre otros, que sean dictadas en violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, incluso por desviación de poder. Como se ha visto, en esos casos sólo es requisito para acudir directamente ante el Tribunal tener un interés legítimo y no necesariamente un derecho subjetivo afectado. El Tribunal Andino ha interpretado en este caso el “interés legítimo” como el que tiene todo nacional de la Comunidad Andina por el solo hecho de pertenecer a ella.<sup>20</sup>

En lo que se refiere a la acción de incumplimiento a través del artículo 31 del Tratado, es decir ante los jueces nacionales, se han registrado sólo dos (02) casos, los Procesos 114-IP-2009 y 115-IP-2009, mediante los cuales el abogado colombiano Marcel Tangarife Torres demanda la nulidad de una norma colombiana en sede nacional por contravenir la normativa comunitaria de plaguicidas (la Decisión 436 y la Resolución 630 de la Secretaría General de la CAN), por lo que el juez colombiano solicitó interpretación prejudicial al TJCA. En cambio, han sido numerosas las acciones de incumplimiento deducidas por personas naturales y jurídicas de conformidad con el artículo 25 del Tratado, y como consecuencia de esas acciones se ha logrado que se deroguen las normas nacionales o se enmiende la conducta del país infractor. Todos los casos, sin excepción, se refieren a acciones de incumplimiento en el programa de liberación y en el campo de aplicación de la propiedad intelectual, sobre todo en el caso de patentes farmacéuticas.

Cabe preguntarse por qué no ha sido utilizada la acción de incumplimiento prevista en el artículo 31 del Tratado ante los jueces nacionales con la misma frecuencia que lo han hecho con el artículo 25 del Tratado. Ciertamente no es por desconocimiento, sino tal vez porque los justiciables particulares piensan que tienen una mejor opción con la acción directa ante el Tribunal a través de la Secretaría General de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Tratado. Es una interrogante fundamental no sólo para definir el alcance de esa alternativa sino para una exégesis más profunda, ya que mediante el ejercicio de la acción de conformidad con el artículo 31 se robustece la cooperación que debe existir entre los tribunales

nacionales y el tribunal comunitario en la aplicación del derecho comunitario a través de esta cooperación es posible construir la verdadera integración no sólo en la región andina sino a lo largo y ancho de todo el espacio sudamericano.

El desarrollo del derecho comunitario europeo, en sus aristas esenciales, se debe precisamente a reclamos hechos por particulares ante los jueces nacionales en los que mediante el mecanismo de la consulta de la interpretación prejudicial el asunto ha llegado al Tribunal de Luxemburgo, y es en la absolución de estas consultas donde se han sentado sus bases primordiales; es decir, las características mismas del derecho comunitario, tales como la primacía sobre las demás normas y la aplicación inmediata, pero sobre todo que “el derecho comunitario impone el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares como consecuencia de violaciones del derecho comunitario que les sean imputables”.<sup>21</sup>

Como no hay sino una referencia de la acción directa de incumplimiento ante los tribunales nacionales en la Comunidad Andina, voy a referirme a un caso famoso del TJUE, donde se puede apreciar el funcionamiento del mecanismo de la interpretación prejudicial para los casos de incumplimiento de los Estados que afectan a derechos subjetivos de los particulares. Es un caso emblemático al que denominaré Factortame<sup>22</sup> que ilustra la ruta indirecta que deben tomar los justiciables particulares, en el caso de Europa para acceder a la acción de incumplimiento y derivar del éxito que puedan obtener en dicha acción, el derecho para reclamar al País o Gobierno remiso o violador de una norma comunitaria, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido ocasionar.

Es el mismo caso que en los Procesos 114-IP-2009 y 115-IP-2009, mediante los cuales el abogado colombiano Marcel Tangarife Torres demandó la nulidad de una norma colombiana en sede nacional por contravenir la normativa comunitaria de plaguicidas (la Decisión 436 y la Resolución 630 de la Secretaría General de la CAN), por lo que el juez colombiano solicitó interpretación prejudicial al TJCA.

En el caso Factortame, el Gobierno británico había modificado su legislación nacional sobre registro de buques con relación a los requisitos que debería cumplir un buque para poder ser inscrito como “buque pesquero británico”, estableciendo nuevos requisitos entre los que se incluían que el 75% de las acciones de las compañías que fueran propietarias de esos buques deberían pertenecer a ciudadanos británicos residentes y domiciliados en el Reino Unido. Este dispositivo iba en contra de la reglamentación comunitaria europea, por ser una medida manifiestamente

discriminatoria que afectaba, entre otros, a toda una flota de buques pesqueros propiedad de ciudadanos españoles que explotaban recursos pesqueros en los mares del Reino Unido y lo hacían en virtud de la legislación británica sobre registro de buques de 1894. Estas normas fueron modificadas en el Reino Unido en 1988 de tal forma que los buques de dichas compañías españolas ya no reunían los requisitos para ser inscritos como “buques británicos” y en consecuencia no estaban autorizados a pescar en aguas del Reino Unido.

Los pescadores españoles sostuvieron que la legislación de 1988 era contraria al tratado que establecía la Unión Europea y recurrieron a los tribunales británicos. El juez de primera instancia estimó que el asunto debía reenviarse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, toda vez que encerraba una cuestión de derecho comunitario y era menester aplicar el entonces artículo 177 del Tratado y recabar la opinión de ese Alto Tribunal. Como el tiempo en resolver esta consulta podría durar al menos dos años, los armadores españoles alegaron que en el interregno tendrían que poner sus naves en dique seco y de esa manera se verían impedidos de faenar, lo que les ocasionaría cuantiosos daños y perjuicios. En tal sentido solicitaron una medida cautelar que suspendiera los efectos de esa legislación hasta tanto se resolviera el caso en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que fue admitido por el Juez de la Alta Corte Británica.

Su decisión sin embargo fue revocada por la Corte de Apelaciones, y finalmente fue la Cámara de los Lores, que es la última instancia judicial en el Reino Unido de Gran Bretaña, quien dictaminó que el sistema judicial inglés no permitía acceder al interdicto solicitado por los armadores españoles, pero estimó que era menester solicitar al TJUE opinión acerca de la modificación de la ley de transporte marítimo de 1988 y si ésta era, como se alegaba, contraria al derecho comunitario. La interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue que dicha modificación era contraria al tratado de la Unión. En consecuencia, en mérito a dicha opinión el reclamo de los armadores españoles fue declarado fundado. Con esa sentencia los armadores afectados reclamaron los cuantiosos daños y perjuicios sufridos por haberse visto impedidos de faenar durante los dos años que duró la tramitación de ese contencioso.

En el derecho comunitario andino, por el contrario, casi todas las acciones de incumplimiento han sido intentadas bien por la Secretaría General de la Comunidad Andina, por denuncias de los Países Miembros, bien por particulares de acuerdo con las provisiones del artículo 25 del Tratado del Tribunal o en algunos casos por los propios justiciables particulares, como es el caso de la sentencia del 27 de enero, de 2010, en el Proceso 05-AI-2008, publicado en la Gaceta Oficial N° 1824, de 26 de abril de 2010 sobre supuesto incumplimiento de la República del Perú, en el cual la

Secretaría General emitió un dictamen de incumplimiento y sin embargo, no interpuso la acción de incumplimiento ante el TJCA, por lo que fueron las mismas empresas privadas quienes acudieron directamente al TJCA.

Sin embargo, sí lo ha habido en el caso de reclamaciones entre particulares donde es de aplicación una norma comunitaria que tiene prevalencia sobre las nacionales, en cuyo caso el juez nacional está obligado a efectuar la consulta prejudicial como ha sido el caso de Ormeño (Proceso 16-IP-2005, publicado en la Gaceta Oficial N° 1218, de 13 de julio de 2005) pero ciertamente salvo la excepción mencionada, no ha sido el caso cuando particulares han demandado a un País Miembro por incumplimiento de la norma comunitaria, para poder reclamar luego, ante el juez nacional la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En lo que respecta al ejercicio de la acción de incumplimiento, las bondades del sistema andino de integración en el mecanismo de solución de controversias, resulta más favorable y liberal que el de su contraparte europeo, toda vez que en el caso de los particulares tienen acceso directo a las acciones de nulidad cuando tengan un legítimo interés, requisito que el Tribunal ha interpretado de manera liberal y amplia, y en las de incumplimiento cuando afecten sus derechos subjetivos. Además pueden someter sus diferencias siempre y cuando versen entre particulares, con ocasión de contratos de carácter privado, siempre y cuando la materia esté regida por el derecho comunitario, a través de la función arbitral, la que sin embargo no ha sido aún reglamentada.

El ejercicio de la acción de incumplimiento directamente ante el Tribunal Andino a través de la Secretaría General o indirectamente ante los jueces nacionales constituye una alternativa cuya elección debe hacer el justiciable analizando las características, la naturaleza de su reclamo y la finalidad que busca con la acción. Por regla general, el particular perjudicado o afectado en sus derechos subjetivos busca con la acción de incumplimiento, o en su caso la de nulidad, resarcirse del daño que le haya ocasionado un incumplimiento por parte de alguno de los Países Miembros o de eliminar del ordenamiento jurídico comunitario aquella norma que viola este ordenamiento.

Al parecer, por lo general los justiciables particulares han preferido la acción directa ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que ante los Jueces Nacionales, probablemente porque su tramitación ante el Tribunal es mas ágil y el resultado será el mismo y además obtienen el doble beneficio de que el Tribunal ordene al país infractor que adopte las medidas necesarias para hacer cesar el incumplimiento declarado y se abstenga de emitir nuevas medidas de esa naturaleza y

si el País Miembro no cumple puede ser sancionado con la imposición de gravámenes sobre sus exportaciones. Por lo demás, con esa opción tiene su derecho expedito para reclamar los daños y perjuicios que le haya ocasionado el incumplimiento una vez declarado por el Tribunal.

Sobre este último punto, no obstante estar esa obligación implícita en la legislación nacional de los Países Miembros, el Tribunal Andino a partir de la sentencia dictada el 14 de Abril del 2005 en el Proceso 118-AI-2003, publicado en la Gaceta Oficial N° 1206, de 13 de junio de 2005, ha hecho explícita esta obligación al señalar en su parte resolutoria que la declaración de incumplimiento que ella contiene es “sin perjuicio del derecho de los afectados por el incumplimiento declarado en esta sentencia para que puedan perseguir en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieran habersele ocasionado”. Esta misma recomendación ha sido ahora reproducida en todas las acciones de incumplimiento deducidas por los particulares y aun en las que provienen de los tribunales nacionales.

Como se sabe, la sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal en una acción promovida por un particular constituye título legal suficiente para que se pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.

Cuando el incumplimiento ha sido declarado por el incumplimiento de un País Miembro, éste queda obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución en un plazo no mayor de noventa (90) días. Para iniciar dicho procedimiento sumario, el Tribunal dicta un auto que se notifica al País Miembro sentenciado y se comunica a los demás Países Miembros, a la Secretaría General y al demandante, a fin de que emitan su opinión al respecto.

Las sanciones por desacato consisten, por regla general, en ordenar la imposición de un gravamen adicional, generalmente del 5% al 10%, a las importaciones de hasta cinco productos que sean originarios del País Miembro remiso, hasta en tanto éste no demuestre fehacientemente a juicio del Tribunal que ha adoptado las medidas necesarias para dar ejecución plena a la sentencia de incumplimiento dictada en su contra. Como consecuencia, el mismo auto autoriza a los gobiernos de los demás Países Miembros a hacer efectiva la sanción, quienes deberán comunicar al Tribunal la lista de productos que serán objeto del referido gravamen adicional. Los Países restantes tienen libertad de elegir dichos productos.



La “demanda de revisión” es un recurso que tiene por objeto alterar los efectos de la cosa juzgada y es considerado como una impugnación excepcional, de aplicación restrictiva y por tanto procedente exclusivamente por los motivos establecidos en el Tratado del Tribunal. Está regulada en el Artículo 29 del Tratado del Tribunal, que señala que esta acción es sólo a petición de parte y debe estar fundada en algún hecho que hubiere podido influir decisivamente en el resultado del proceso.

El Tribunal Andino tuvo oportunidad de pronunciarse en el Proceso 97-DR-00 en la sentencia del 5 de octubre de 2001, publicada en la Gaceta Oficial N° 729, del 15 de noviembre de 2001, donde concluyó que los principales presupuestos exigidos por la norma deben reunir dos requisitos concurrentes: ser anteriores y desconocidos a la fecha de la emisión de la sentencia y decisivos a los fines de la resolución de la controversia.

#### **2.4. Las medidas cautelares en las acciones de incumplimiento**

En el Proceso 117-AI-2004, mediante auto de 29 de septiembre de 2004, publicado en la Gaceta Oficial N° 1197, de 16 de mayo de 2005, el TJCA señaló que: “(...) la obtención de la tutela cautelar exige a quien la solicite la carga de presentar una situación que, a la luz de los elementos de prueba disponibles prima facie, permita al juez considerar como verosímil y probable la existencia del derecho que se invoca (*fumus boni iuris*) y reconocer la presencia del riesgo a que podría quedar expuesta la efectividad de la sentencia de mérito, a causa del retardo en su pronunciamiento (*periculum in mora*). El examen de estos requisitos de admisibilidad de la cautela, así como de los otros que se establezcan, conduce pues a un juicio de probabilidad y no de certeza que, por tanto, no prejuzga en torno a la concesión de la sentencia de mérito”.

El Tribunal también ha señalado que: *“para evitar que con la ejecución de la medida cautelar se pudiera infligir, a su vez, un daño también de difícil reparación a la parte demandada, la ley deja a la discreción del Tribunal el exigir al demandante, previamente al dictado de la medida, el afianzamiento de la obligación”*.

Finalmente, para librar la orden de suspensión provisional es menester que concurren los requisitos de urgencia, de eventual daño irreparable, de la afectación del orden público comunitario y que las circunstancias de hecho y de derecho que así lo demuestren hayan quedado verosímilmente acreditadas.

## **2.5. El sistema sancionatorio en la Comunidad Andina.**

El mecanismo sancionatorio está orientado a compensar, de alguna manera, a los demás Países Miembros, por lo cual más que una condena debe entenderse como un resarcimiento al resto de países de la comunidad por el eventual daño causado por el país remiso; de ahí que, por lo general, los autos en los sumarios por incumplimiento de sentencias utilizan una fórmula mediante la cual se determinan los límites dentro de los cuales los Países Miembros pueden restringir o suspender las ventajas del Acuerdo de Cartagena que al momento de producirse el incumplimiento beneficiaban al país remiso. Asimismo, autorizan a los Países Miembros de la Comunidad Andina, conforme a lo previsto en el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal (codificado por la Decisión 472 de la Comisión), para que, impongan un gravamen adicional a las importaciones de determinados productos que en mayor volumen se efectúen a su territorio procedente y originario del país remiso.

Los Países Miembros comunicarán al Tribunal, por intermedio de la Secretaría General, la lista de los productos objeto del gravamen sancionatorio dentro de los veinte días siguientes a la comunicación de ese auto. La sanción se mantiene vigente hasta tanto el país remiso no demuestre fehacientemente ante el Tribunal que ha dado estricto cumplimiento a la sentencia dictada dentro del proceso.

### ***2.5.1. La reforma del sistema sancionatorio***

Como ha quedado sentado, la Acción de Incumplimiento es la pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario pues es a través de ella que se ejerce el control de la legalidad en la conducta de los Estados Miembros respecto de las sentencias del Tribunal Andino cuando son remisos a cumplirlas, lo que pondría evidentemente en riesgo la propia institucionalidad andina y la existencia y eficacia del sistema de solución de controversias comunitario. Los fallos del Tribunal si bien son vinculantes y de estricto cumplimiento, lamentablemente existe una tendencia a no acatarlos, lo que vulnera profundamente la credibilidad de todo el sistema de integración andino.

El Tribunal, atento a esta situación y en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 13 del Tratado de Creación del artículo 144 de su Estatuto propuso en su momento un proyecto de reforma del Estatuto que se sustituyera el término de “sanciones” por el de “medidas coercitivas”, entendiéndose como tal aquella medida que obligara al país remiso al pago de cierta cantidad de dinero calculada por unidad de tiempo y cuyo fundamento se encuentra en el principio general de derecho que

regula las consecuencias de la mora en el cumplimiento y en la ejecución de las obligaciones. No es el incumplimiento en si mismo lo que determinaría la imposición de la condena sino la inejecución de un pronunciamiento judicial cuando el País remiso no adopte las medidas necesarias para su ejecución. Sin embargo, dicha iniciativa no prosperó.

El País Miembro que ha sido declarado en situación de incumplimiento dispone de 90 días contados a partir de la notificación de la sentencia “para adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento” según reza el artículo 27 del Tratado del Tribunal, transcurridos los cuales, el Tribunal, de oficio, con fundamento en su propia información, o por denuncia de los Países Miembros, de los órganos comunitarios o de cualquier particular, puede iniciar un procedimiento sumario por desacato de sentencia. Una vez emitido el auto de inicio del procedimiento y cuando de la apertura se adviertan serios motivos de credibilidad acerca del incumplimiento de la sentencia, el Tribunal debe formular los cargos al País Miembro remiso en el que deberá consignarse la información que se tenga respecto del supuesto desacato.

El País Miembro remiso dispone de 40 días para presentar sus descargos. Vencido este plazo y una vez comprobado el desacato, el Tribunal dicta un auto que así lo declara y en el que además le concede, por regla general, un plazo de 30 días.

### **3. LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL**

Tanto en el caso de la Unión Europea como en el de la Comunidad Andina la interpretación prejudicial, reenvío o consulta prejudicial, es un mecanismo por el cual el respectivo órgano jurisdiccional nacional y el tribunal comunitario, en el orden de sus propias competencias, contribuyen directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión para asegurar una aplicación simultánea, uniforme y descentralizada del derecho comunitario, pues como anota el Magistrado W.E. Haak, Presidente del Hoge Raad der Nederlanden, “el derecho comunitario es un derecho interno que los Estados miembros tienen en común mas que un derecho que se aplica entre los Estados miembros. En este sentido los ordenamientos jurídicos comunitario y el nacional no se pueden distinguir ya que como lo ha señalado en más de una ocasión el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dicho tribunal como el juez nacional actúan en un único y mismo sistema jurídico y ambos como jueces comunitarios”.<sup>23</sup>

El TJUE ha descrito el procedimiento de la consulta prejudicial como “una forma de cooperación jurisdiccional (...) mediante el cual el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia, dentro de los límites de sus propias competencias, para

garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembros”<sup>24</sup>, y el clima de esa cooperación lo definió claramente quien fuera uno de sus más egregios Presidentes, Robert Lecourt, cuando señalaba que existían dos maneras de materializar las relaciones entre el Tribunal y las jurisdicciones nacionales: “La primera consistía en aplicar el artículo 177 en un clima de frías relaciones jerárquicas, con el riesgo de suscitar reservas recíprocas o tensiones rechazables; y la segunda en ver en este procedimiento una invitación a cooperar con el fin de asegurar una aplicación uniforme del Tratado. Esta última concepción ha prevalecido felizmente”. En el caso antes mencionado se establece la abolición de todo formalismo riguroso como criterio de posterior aplicación general.<sup>25</sup>

La creación de este mecanismo de cooperación es tal vez el mayor aporte de los fundadores de la Unión Europea para establecer la excelente y balanceada relación que existe entre los jueces comunitarios y los jueces nacionales, que por el mérito de ella se convierten automáticamente en jueces comunitarios, y es en tal sentido verdaderamente revolucionaria. Es también, tanto para el Tribunal Europeo como para el Andino, la acción más importante, porque en el caso del Tribunal Europeo es la vía de acceso de los justiciables particulares como en el Andino, donde si bien los particulares tienen un mayor acceso a las otras acciones la interpretación prejudicial sigue siendo la acción por excelencia como lo demuestran las estadísticas, ya que las sentencias en estos casos constituyen el 90% de su actividad jurisdiccional.

Los académicos Lawrence R. Helfer, Karen J. Alter y Florencia Guerzovich<sup>26</sup> han realizado un concienzudo estudio al respecto donde concluyen que a través del ejercicio de este mecanismo de la interpretación prejudicial el Tribunal Andino ha ayudado a establecer una isla de jurisdicción efectiva para los casos donde se ventilan los derechos sobre la propiedad intelectual en los tribunales administrativos y nacionales de la Comunidad Andina. Ese solo hecho justifica, al menos por el momento, que el tribunal sea uno con magistrados permanentes con residencia en la sede a diferencia de otros tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde sólo el Presidente y los funcionarios tienen residencia permanente en la sede, mientras que el resto de jueces concurren en períodos de sesiones para discutir, analizar y finalmente expedir las sentencias respectivas.

El ejercicio de la interpretación prejudicial, como se verá más adelante, también abre las posibilidades y eventualmente sentaría las bases para consolidar una integración más amplia en la región entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR<sup>27</sup>, como lo señalan los mencionados autores cuando afirman que si tal comunidad llegara a formarse efectivamente sus miembros probablemente podrían establecer reglas comunes en el campo de la propiedad intelectual, y más importante aún, un tribunal o un mecanismo de solución de controversias que permitieran eventualmente expandir

esta competencia, al menos en lo que respecta a la propiedad intelectual en todo el continente.

La importancia de la interpretación prejudicial, tanto en el Tribunal Europeo y tal vez en éste con mas énfasis, como en el caso del Tribunal Andino, quedó puesta de manifiesto elocuentemente cuando el Tribunal Europeo celebró sus bodas de oro en el año 2002 y convocó a todos los presidentes de los tribunales internacionales, y a los presidentes de las cortes supremas y constitucionales de Europa a que participaran en la realización de un Coloquio Internacional sobre el tema de la Cooperación entre el TJUE y los Órganos Jurisdiccionales Nacionales.

La elección del tema fue un gesto simbólico para resaltar que la base del sistema jurisdiccional de la Unión Europea reposa en este mecanismo de la consulta prejudicial, ya que es con ella como se hace efectiva esta indispensable cooperación. Subliminalmente había otro mensaje, y era resaltar que fue este mecanismo el que hizo posible la creación y el desarrollo del derecho de la Unión Europea al definir la naturaleza de esta nueva comunidad con una interpretación teleológica de los tratados constitutivos de lo que es ahora la Unión Europea.

Un solo artículo del Tratado de Roma (actual 267 TFUE) fue suficiente para crear esta institución que constituye ahora una de las grandes contribuciones de Europa a los procesos de integración, especialmente de aquellos como el de la Comunidad Andina que tienen naturaleza supranacional, y que se orientan, aunque de manera parcial, a la creación de una federación de Estados o naciones.

Como se sabe, los dos principios fundamentales en los que se sustenta el carácter constitucional y la naturaleza supranacional del TJUE fueron producto de sendas interpretaciones prejudiciales: El efecto directo de las normas comunitarias está identificado en la célebre sentencia Van Gend en Loos de 5 de febrero de 1963<sup>28</sup>, que sentó el principio fundamental de que las decisiones del tribunal comunitario no precisan ni requieren de ninguna otra medida por parte de las instituciones de la Comunidad o de los Estados Miembros y además no dejan a éstos ninguna facultad de apreciación en relación con su ejecución. Con ello permite a los particulares invocar ante los tribunales nacionales los derechos que les confieren las normas comunitarias sin ningún elemento complementario de derecho interno, de donde se concluye que el derecho comunitario es un ordenamiento cuyos sujetos no son solamente los Estados sino también los particulares. Asimismo, la primacía de las normas comunitarias frente a las legislaciones nacionales de los Estados miembros quedó establecida en la sentencia Flaminio Costa de 15 de Julio de 1964.<sup>29</sup>

Ambas decisiones fijaron la relación entre la normativa comunitaria y la interna de los Países Miembros, que para todos los efectos prácticos es indistinguible de las relaciones análogas que tienen entre sí los Estados federales.<sup>30</sup> Otro distinguido jurista ha señalado que *“La competencia prejudicial atribuida al Tribunal para interpretar el derecho comunitario y apreciar la validez de los actos de las instituciones comunitarias constituye el elemento más importante del conjunto del sistema judicial comunitario”*.<sup>31</sup>

La tercera creación jurisprudencial del Tribunal Europeo fue consagrar el principio de la “responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares como consecuencia de una violación del derecho comunitario”. Este principio sentado en la famosa sentencia Francovich de 19 de Noviembre de 1991 (C-6 y 9/90) fue oportunamente recogido en el artículo 31 del Tratado del Tribunal Andino.

Las cuestiones prejudiciales en el Derecho comunitario europeo previstas en el Tratado de Roma pueden ser de dos clases: las que tienen por objeto la validez de los actos de las instituciones comunitarias y las relativas a la interpretación del Tratado y los actos de derecho derivado. No obstante, ese solo artículo somete a una reglamentación única el reenvío prejudicial de interpretación y el de validez, lo que ha sido criticado por estimarse que altera su régimen propio. Sin embargo, el propio Tribunal Europeo ha actuado con amplia libertad a la hora de transformar un recurso prejudicial de validez en uno de interpretación, ya que ambos cumplen la misma función: la interpretación uniforme del Derecho comunitario.<sup>32</sup>

Respecto de si este mecanismo también se aplica a los tratados internacionales celebrados por la Unión Europea con terceros Estados o en los convenios en los que la Unión se ha subrogado, la respuesta del Tribunal de Luxemburgo ha sido afirmativa, si bien, como precisa la doctrina, dichos convenios no podrán ser objeto de un reenvío prejudicial de validez debido a su carácter y alcance internacional, y en el supuesto de que violasen algún precepto del Tratado el único recurso posible sería el recurso de incumplimiento previsto en los artículos 169 y 170 del Tratado”. En todo caso la interpretación del Tribunal Europeo sería válida únicamente para los Estados de la Comunidad.<sup>33</sup>

Lo que hicieron en el fondo las sentencias antes mencionadas fue sentar los principios constitucionales para la construcción de una verdadera federación europea, bien es cierto que solo en determinados aspectos, como se ha visto antes, pero no es menos cierto que, como gráficamente lo indica Eric Stein, *“con una decisión tomada en*

*el bello Ducado de Luxemburgo, con la benévola negligencia por parte de las potencias incumbentes y la prensa en general, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha diseñado el marco constitucional de una estructura de tipo federal para Europa”<sup>34</sup>, o en palabras de Alec Stone y Thomas Brunell al respecto “las Comunidades Europeas han evolucionado del esquema interestatal o intergubernamental a una entidad cuasi-federal. En otras palabras, Europa se ha integrado”<sup>35</sup>*

Las decisiones antes citadas no dejaban duda de que el TJUE estaba desarrollando una legislación especializada, bajo el marco de un tratado de integración, y no meramente una interpretación de aplicación general del derecho internacional público, sentando así las bases de un nuevo orden legal.<sup>36</sup>

Estas magnificas construcciones jurisprudenciales que definieron la naturaleza jurídica de las normas comunitarias frente a la legislación nacional o doméstica de los Países Miembros fueron fruto de remisiones para interpretaciones prejudiciales de distintos tribunales nacionales de la Unión Europea; en el caso de Van Gend & Loos fue por parte de la Administración Tributaria neerlandesa en el de Flaminio Costa por el giudice conciliatore de Milán y en el de Francovich por la Pretura de Vicenza (Italia) y ahora constituyen los pilares fundamentales del derecho comunitario. Son también el fruto de una admirable suerte de simbiosis entre los principios que sustentan los sistemas anglosajón y el romano civilista, al haber sentado jurisprudencialmente, por la vía pretoriana, normas de efectos incontrastables que se aplican en todo el territorio de la Unión Europea de manera uniforme con la misma fuerza, como si estuvieran consignadas en la misma letra del tratado de creación de la Unión. “Interpretar es mucho más que interpretar, por lo menos en la concepción de los juristas continentales que somos” dice el profesor Pescatore, ex Presidente del TJUE<sup>37</sup>, quien indica que es mucho más que analizar o elucidar un texto, es realmente descubrir el derecho y dar forma y efecto a la regla pertinente, cualquiera que sea su fuente, su forma o su consistencia. Dice, en apoyo de su aserto:

*“que las tradiciones latinas utilizan un proceso deductivo, que consiste en subsumir lo particular a la regla general. El inicio de ese razonamiento es la regla y no el problema, que según las categorías lógicas aparece sólo en el orden menor, es decir, subordinado”. “La doctrina alemana moderna, -añade- propone invertir este itinerario señalando que es preciso establecer primero cuál es el problema antes de lanzarse a la búsqueda de la regla conveniente para darle solución, y por eso concluye que el proceso de remisión prejudicial del art. 177 del TCE con su articulación en pregunta y respuesta está basado en una conjunción entre lo factual y lo normativo y es una conjunción doble, entre el nivel del derecho nacional y el nivel del derecho comunitario.”<sup>38</sup>*

Como es sabido, el Tratado de la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, fue un producto del espíritu de codificación de los seis primeros Estados miembros que la crearon. Con el ingreso del Reino Unido hubo de variar el paradigma, con lo que se enriqueció el acervo jurídico comunitario con los aportes del sistema basado en el common law, en el que por razones históricas toda legislación se percibe como una invasión de ese mundo tradicional, ultraconservador, por efecto de la rule of precedent.<sup>39</sup> Esto explica la razón por la que el derecho romano basado en la codificación, lo que en el derecho anglosajón se conoce como “statute law”, no pudo extenderse al Reino Unido por la dialéctica que ahí existe entre éste y el common law lo que se traduce en un método de interpretación restrictivo del primero respecto del segundo.

Aunque actualmente existe una flexibilización al respecto, ésta está limitada a la Cámara de los Lores, pero en lo que respecta a los tribunales inferiores la regla del precedente permanece inalterable, con lo que queda bloqueado cualquier progreso jurisprudencial, salvo para esa Alta Cámara. En el Reino Unido, cuando no aparece de manera clara una regla aplicable al caso concreto en el derecho escrito o en los precedentes, los jueces hacen una remisión al poder legislativo, lo que sería inadmisibles para los jueces continentales basados en la tradición romanista. *“En mi opinión –concluye Pescatore- esta es la diferencia esencial entre el acercamiento del derecho civil y el del common law al método de interpretación. No hay otra pero es fundamental.”*

En un comienzo el Tribunal Europeo, apreciando que “interpretación” y “aplicación” son una dicotomía, le correspondía a ellos la parte intelectual y abstracta y al juez nacional su aplicación concreta, pero esa distinción fue abandonada y hoy ha quedado plenamente reconocido que en verdad son dos operaciones estrechamente relacionadas. Pescatore lo ilustra con el caso CILFIT<sup>40</sup>, en el cual el Tribunal de Luxemburgo aprovechó la ocasión para esclarecer lo que se conoce desde entonces como la teoría del “acto claro” y se pusieron también de manifiesto las características específicas del derecho comunitario europeo por las dificultades particulares que presenta su interpretación debido a su carácter multilingüe, su terminología propia y el contexto transnacional en el marco del cual debe ser interpretado.

No es este el caso felizmente en nuestra América, lo que confirma la tesis de que no se pueden calcar instituciones que corresponden a otras realidades distintas como es claramente el caso de la Unión Europea y el de la Comunidad Andina, toda vez que en el caso de esta última, como en el caso de MERCOSUR, existe en esencia un derecho común, que es precisamente la base que debería facilitar su integración.



En el Tribunal Andino, al igual que en el caso del Tribunal Europeo, la interpretación prejudicial es asimismo la pieza clave de su sistema jurisdiccional, aún cuando no le ha cabido el privilegio de sentar las bases del derecho comunitario andino, pues ellas ya se encontraban expresamente señaladas en el mismo tratado que creó el Tribunal Andino, y especialmente con el Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Cartagena, conocido como el Protocolo de Cochabamba, suscrito el 28 de mayo de 1996. Existe también otra razón y es que en la Comunidad Andina, a diferencia de la Unión Europea, los particulares, como se ha visto, tienen mayor facilidad para acceder a las acciones de nulidad y de incumplimiento, posibilidad que se encuentra restringida en el caso del Tribunal Europeo, donde en la práctica sólo pueden hacerlo a través de la interpretación prejudicial.

En virtud del Protocolo de Cochabamba el Acuerdo Subregional, que pasó a llamarse Comunidad Andina, reafirmó el carácter constitucional tanto del Acuerdo de Cartagena como del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por la auto-limitación soberana que al efecto hicieron los Países Miembros al adoptarlos amparados, por cierto, en el mandato constitucional de cada uno de sus respectivos países.<sup>41</sup> Se ratificaba así, con un instrumento de derecho primario, la vocación integracionista de sus Países Miembros de construir una integración no solo basada en vínculos de carácter económico sino dentro de un espectro más amplio, que incluyera aspectos sociales y políticos al igual que en la Unión Europea.

No fue necesaria ninguna otra decisión al respecto y desde entonces nadie ha cuestionado la supremacía del derecho comunitario sobre el nacional, e incluso sobre el internacional, cuando sus normas están en contradicción con las comunitarias en las relaciones intra-comunitarias. Así, en caso de que existiera una disposición de un tratado internacional suscrito, entre otros, por dos miembros de la Comunidad Andina que fuera incompatible con la normativa comunitaria, se tendría que aplicar la normativa comunitaria y no el tratado, so pena de ser objeto de una acción de incumplimiento.

El principio fundamental de primacía de las normas comunitarias andinas, no solo con respecto a las normas nacionales de los Países Miembros sino incluso con aquellas contenidas en un tratado internacional, fue luego confirmada, por vía pretoriana, con ocasión de una acción de nulidad promovida por un particular, en la que se siguió la jurisprudencia del Tribunal Europeo y expresamente se definió el status jurídico del Acuerdo Subregional Andino con estas palabras: *“El Acuerdo de Cartagena y sus protocolos modificadorios junto con el Tratado que establece el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina constituyen el Derecho Primario Comunitario que crea una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias y de*

*poderes derivados de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Países Miembros a la Comunidad en materias específicas”.*<sup>42</sup>

Al igual que en el Tribunal Europeo, y de acuerdo con lo que dispone el artículo 34 de su Tratado, la interpretación prejudicial se limita a precisar el contenido y el alcance de las normas comunitarias referidas al caso concreto y el Tribunal no puede interpretar el derecho nacional ni tampoco calificar los hechos materia del proceso, a los que sólo se puede referir cuando es indispensable para resolver la consulta solicitada.<sup>43</sup>

El asunto pareció conciliarse cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que se requeriría no solamente un previo pronunciamiento judicial sino un verdadero precedente comunitario, que en la práctica significaría que el asunto haya tenido dos o más resoluciones en idéntico sentido, para sentar jurisprudencia al respecto, pero será siempre el mismo Tribunal quien revise el envío y prima facie no lo admitirá a trámite si estima que ya existe un precedente comunitario al respecto.

La conclusión de Pescatore es que en el mundo normativo no hay nada obvio ya que todos los conceptos jurídicos pueden verse afectados por la polisemia de un sistema en constante movimiento.

El problema por lo demás no se ha suscitado en el Tribunal Andino ni ha habido un pedido para que el Tribunal se pronuncie en tal sentido. La razón es que, a diferencia del Tribunal Europeo, el trámite de la consulta prejudicial desde la formulación por el juez nacional hasta la resolución por el Tribunal Andino no excede, a lo sumo, de dos meses, lo que contrasta con los de su par europeo donde tarda, por término medio, dos años, debido, es cierto, en gran parte, al proceso de traducción y edición en los idiomas oficiales de la Unión Europea. Por ello, revisar la posibilidad de aplicar la doctrina del “caso claro” en el ámbito de la Comunidad Andina resultaría un ejercicio mas bien teórico. Además, a diferencia de la Unión Europea los sistemas jurídicos y el idioma en nuestros países son uniformes y no concurren los problemas que tiene que afrontar, aparte de las traducciones, el Tribunal Europeo para asegurar una interpretación uniforme.

Por último, la gran mayoría de las interpretaciones del Tribunal Andino versan sobre las normas comunitarias que regulan aspectos de la propiedad intelectual, terreno en el cual se ha elaborado una valiosa jurisprudencia que ha interpretado los distintos aspectos de las varias decisiones de la Comunidad Andina al respecto y el

Tribunal ha notado, entre otras cosas, que en una gran cantidad de casos se alegan y aplican por parte de las jurisdicciones nacionales decisiones comunitarias que no son de aplicación al caso sub judice. Solo por ese hecho, no debería descartarse la formulación de la consulta que indica siempre, con precisión, la norma jurídica aplicable al caso.

Como se ha indicado, en el caso del Tribunal Andino los particulares tienen mayor acceso a las acciones de nulidad y de incumplimiento, acciones que por regla general, las ejercitan directamente, a través de la Secretaría General en un primer momento y posteriormente en el Tribunal Andino, por lo que resulta innecesario recurrir al mecanismo de la consulta prejudicial, salvo en los casos de acciones de indemnización por daños y perjuicios, como consecuencia de una acción de incumplimiento, que se ventilan ante los jueces nacionales de conformidad con lo que dispone el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal.

Como en el caso de su par europeo, en las consultas prejudiciales el Tribunal Andino no analiza el contenido del derecho interno y se pronuncia únicamente sobre la norma comunitaria y cómo ésta debe ser entendida en el caso concreto, pero en definitiva es innegable que sienta un valor jurisprudencial al declarar el sentido último de la norma comunitaria que será de persuasivo seguimiento en casos similares.

El artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal Andino impone los límites a la labor del juez comunitario en la absolución de la consulta prejudicial, los cuales pueden resumirse de la manera siguiente: (a) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no puede interpretar el derecho nacional, ya que esta interpretación queda bajo la exclusiva competencia de los jueces nacionales; b) El Tribunal no puede aplicar el derecho comunitario, se limita a interpretarlo; la aplicación de su interpretación al caso concreto es de exclusiva responsabilidad de los jueces nacionales; y, c) El Tribunal no puede pronunciarse sobre los hechos, comprobar su exactitud o decidir sobre su calificación, ya que este ejercicio es privativo de las competencias del juez nacional en el caso concreto.

Es, en definitiva, un reparto de competencias, que articula el trabajo de los jueces involucrados, nacional y comunitario, para asegurar la uniformidad de los efectos jurídicos en todos los Países Miembros; sin embargo, no siempre es muy nítida la separación entre ambas competencias, y en algunos casos la propia interpretación prejudicial del Tribunal puede trasponer de manera sutil esa línea divisoria, pero ello constituye la excepción y no la regla. Las conclusiones del Grupo de Trabajo Ole Due de las Comunidades Europeas, señalan de manera inequívoca “que las relaciones entre

los organismos jurisdiccionales nacionales y los organismos judiciales comunitarios son complejas, finamente balanceadas y entrañan remisiones mutuas pero, en general, son fundamentalmente de una excelente cooperación, sin que exista una relación de jerarquía entre ellas, y son en definitiva consistentes con el orden constitucional de los países miembros”.<sup>44</sup>

En la absolución de la consulta prejudicial el Tribunal tiene amplia libertad para determinar cuáles normas del ordenamiento jurídico comunitario interpretará, y no se encuentra, por lo tanto, constreñido a las solicitadas por el juez nacional; como lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Andino:

*“Requerida por un juez nacional al juez comunitario la interpretación prejudicial, pasa a ser de la exclusiva competencia de este Alto Tribunal el determinar cuáles son, en definitiva, las normas pertinentes a interpretar, sugeridas o no por el requirente y todo con el fin de lograr una comprensión global del caso consultado; le corresponde también absolver la consulta en el orden de prelación que él mismo estime conducente.”*<sup>45</sup>

La interpretación prejudicial es un acto de carácter judicial producto de un incidente procesal de carácter no contencioso, pero cuyo contenido es de estricta observancia por el juez consultante. No es ni puede equipararse a una prueba, sino que, como lo ha definido el propio Tribunal Andino, “constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, la que deberá, por otra parte, adoptar dicha interpretación”.<sup>46</sup>

La interpretación que dicte el Tribunal tiene carácter obligatorio. Así lo indica tanto el Tratado en su artículo 35 como el Estatuto en su artículo 127: “El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”.<sup>47</sup> Lo que en otras palabras significa que la interpretación prejudicial resuelve la cuestión referente al derecho comunitario, correspondiendo al juez nacional la responsabilidad de dictar el fallo final apreciando los hechos con relación a dicha interpretación que, es vinculante para el juez nacional que hizo el reenvío. La interpretación vincula al juez nacional que la solicitó y a los demás jueces que conozcan del proceso por cualquiera de los recursos que lleguen a su conocimiento y decisión, ya que la consulta puede haber sido hecha por una instancia inferior en fallo sujeto a revisión (interpretación prejudicial facultativa). En todos los casos deberá recoger la interpretación de la normativa comunitaria decidida por el Tribunal.

La relación entre el Tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales —todos ellos- es una relación de cooperación y no de jerarquía. Es una relación inter pares, no

obstante que las interpretaciones son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales y, que éstos tienen la obligación, cuando sus decisiones no son susceptibles de un recurso ulterior, de someter la consulta al Tribunal Comunitario. El juez nacional, cuando tiene que aplicar una norma comunitaria, actúa así como juez comunitario y es el procedimiento de interpretación prejudicial donde se produce la conexión entre ambas jurisdicciones.

Fernando Uribe Restrepo, que fuera Presidente del Tribunal Andino, citando a Iván Gabaldón Marqués que fuera también Magistrado del Tribunal, dice:

*“La eventual resistencia del juez nacional en aceptar este sistema de cooperación judicial, fundamentando esta resistencia en razones de soberanía nacional o de pérdida de su autonomía, absolutamente discutibles en el plano conceptual, produce un definitivo efecto adverso a los intereses que se pretenden defender. La soberanía es el escudo que protege los intereses de la Nación. El no velar por la aplicación uniforme del derecho comunitario afectará precisamente los intereses que se pretenden defender.”<sup>48</sup>*

Tanto en el Tribunal Andino, como en su caso en el Tribunal Europeo, la consulta puede ser facultativa u obligatoria. La consulta facultativa está recogida en el artículo 33 del Tratado y en el artículo 121 del Estatuto del Tribunal Andino, donde señala que ‘los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal el juez deberá decidir el proceso.’<sup>49</sup>

En este caso la norma es elocuente y clara: si existiera ulterior recurso en el ordenamiento interno del país en cuestión, el juez puede o no consultar al Tribunal y está facultado para dictar la sentencia correspondiente con o sin una interpretación del Tribunal Andino, aún cuando la haya solicitado y no la haya recibido. Sin embargo, es obligatoria si el juez ad quo que conoce de un proceso en el cual su sentencia es de única o última instancia y no es susceptible de un recurso ulterior; en este caso, deberá suspender el procedimiento y solicitar la interpretación del Tribunal Andino.

Si el juez nacional obligado a realizar la consulta se abstiene de hacerlo, o si cuando en la sentencia aplique una interpretación diferente a la dictada por el Tribunal Andino, los Países Miembros o, en su caso, los particulares tienen derecho a acudir ante el Tribunal Andino en ejercicio de la acción de incumplimiento ya que en

caso de que fuera el de una consulta obligatoria la omisión del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso, y en consecuencia acarrearía la nulidad de la sentencia.

Sin embargo, en el caso de que el juez nacional no realice una consulta prejudicial obligatoria y expida su sentencia, ésta será válida a no ser que un Tribunal de Casación la declare nula o un Tribunal Constitucional acoja un Recurso de Amparo al respecto. Así, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú mediante el auto calificadorio del recurso de casación No. 2822-2008 del 17 de Noviembre del 2008 declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra una sentencia de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema del Perú que había interpretado en segunda y última instancia los artículos 26 y 39 de la Decisión de la Comisión de la Comunidad Andina sin haber recabado previamente la opinión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. También en la sentencia de casación de la Corte Suprema del Ecuador, Expediente 256-2001 del 31 de Agosto de 2001, se declaró fundada la nulidad de la sentencia que había venido en apelación y la repusieron al estado en que se debió dar cumplimiento a la solicitud de interpretación al Tribunal Andino por cuanto el asunto versaba sobre la aplicación de las normas contenidas en los artículo 81, 83 lit. a) y 102 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

La consulta facultativa está recogida en el artículo 121 del Estatuto, que establece que *“los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal el juez deberá decidir el proceso”*. Una norma similar encontramos en el Tratado.<sup>50</sup>

La consulta obligatoria, según el artículo 122 del Estatuto, consiste en que, de oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal<sup>51</sup>, norma que en el Tratado se encuentra en el artículo 33.

En este caso el juez nacional debe necesariamente consultar al Tribunal y detener el proceso interno hasta que el Tribunal se manifieste respecto a la

interpretación prejudicial solicitada. Esto implica que incluso un juez de primera instancia, cuyas decisiones no tengan recurso de acuerdo con la legislación nacional, estará obligado a detener el proceso y formular la solicitud, si tiene que aplicar una norma comunitaria. Se trata entonces, más que de la jerarquía del organismo jurisdiccional, de los efectos de su sentencia en el ordenamiento jurídico interno.

Los Países Miembros y la Secretaría General están obligados a velar por el cumplimiento por los jueces nacionales de la interpretación prejudicial de acuerdo con lo señalado en el artículo 128 del Estatuto del Tribunal.

En el caso de España, un fallo del Tribunal Constitucional (STC 58/2004) declaró fundado un recurso de amparo por incumplimiento de la obligación. El Tribunal, al anular la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña, ha actuado, lo mismo que los jueces del Tribunal Supremo de Ecuador, como verdaderos jueces comunitarios al restablecer las reglas del debido proceso y aplicar el derecho comunitario en los casos en que la consulta a los tribunales de justicia de las respectivas comunidades autónomas es obligatoria.

En el ordenamiento andino si el Juez omite efectuar la consulta prejudicial cuando está obligado, a hacerlo o si, habiendo recibido dicha consulta, no sigue la interpretación que ha remitido el Tribunal Andino, tanto los Países Miembros, la Secretaría General o cualquier particular afectado en su derecho subjetivo por dicho fallo pueden acudir al Tribunal en una acción de incumplimiento contra el País Miembro al que pertenece dicha judicatura. La sentencia de incumplimiento constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda.

En la gran mayoría de los casos, las consultas prejudiciales provienen de causas vinculadas a los derechos de la propiedad intelectual, aunque también hay varias que proceden del Tribunal Fiscal en materia de tributación por la aplicación de la Decisión 388 que regula aspectos de la devolución del impuesto al valor agregado a nivel comunitario. Casi todas proceden de los fueros donde se ventilan los asuntos contencioso administrativos, como es el Consejo de Estado en Colombia y los Tribunales Contencioso Administrativos de Guayaquil y Quito en el caso de Ecuador; en el caso del Perú provienen de la Primera Sala Civil de la Corte Suprema en los casos de consultas obligatorias, aún cuando se han recibido consultas facultativas por parte de instancias inferiores como las de la Corte Superior de Lima, e incluso de jueces de primera instancia como en el caso de Colombia; sin embargo, son verdaderamente escasas las consultas efectuadas por tribunales inferiores.

### 3.1. La teoría del acto aclarado en el TJCA.

La teoría del acto aclarado en la legislación andina es aquella por la cual un juez nacional de un País Miembro puede eximirse de llevar adelante el reenvío de una consulta prejudicial en los casos en que el Tribunal Andino haya sentado previamente jurisprudencia en un expediente que guarda sustancial analogía, de hecho y derecho, con el asunto que tramita ante la justicia nacional.

Como se sabe, el TJUE ha limitado en su jurisprudencia el alcance del “acto aclarado”, señalando algunos criterios desde el año 1963, con las sentencias Van Gend & Loos (5 de febrero de 1963), y la Da Costa en Shaake (27 de marzo de 1963), donde señala que el juez nacional se sustrae de la obligación de enviar la consulta cuando “la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión prejudicial en un asunto análogo”, aclarando luego en la sentencia CILFIT (6 de octubre de 198) que no es necesario “una estricta identidad de las cuestiones en litigio”. Así, el TJUE (Asunto C-337/95) se ha pronunciado sobre el tema señalando que “cuando la cuestión planteada es materialmente idéntica a una cuestión que ya fue objeto de una decisión de carácter prejudicial en el marco del mismo asunto nacional”, no es obligatorio para el juez interno el envío de la consulta.

Contra todo pronóstico, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el Proceso 01-1P-87, publicado en la Gaceta Oficial N° 028, de 15 de febrero de 1988, se pronuncia en contra de la jurisprudencia europea, señalando que la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal Comunitario rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares y análogos”; sin embargo, deja el campo abierto para introducir nuevos criterios, ya que en el Proceso 07-1P-89, publicado en la Gaceta Oficial N° 053, de 18 de diciembre de 1989, señala que: *“bien podría el Tribunal variar y aún cambiar su opinión, cuando encuentre razones justificadas para hacerlo”*.

El Tribunal, en una interpretación prejudicial, podría sentar el criterio respecto de los temas más comunes de interpretación, como lo son los criterios de confundibilidad marcaría, es decir, los artículos 83 literal a) de la Decisión 344 y 136 literal a) de la Decisión 486, o los requisitos de registrabilidad que establecen los artículos 81 de la Decisión 344, ó 134 de la Decisión 486 por ejemplo, y con ello, evitar la recepción de solicitudes de interpretación repetitivas y que van a tener el mismo texto interpretativo en ellas.



### 3.2. La interpretación prejudicial: facultativa y obligatoria.

Con la interpretación prejudicial se busca alcanzar la uniforme aplicación del derecho comunitario por todos los Países Miembros de la Comunidad Andina a través del Tribunal.

*“Por mandato de dicho Tratado, los jueces nacionales que conozcan en un proceso de alguna norma comunitaria que deba ser aplicada por ellos en un juicio interno deben pedir al Tribunal Andino la interpretación de dicha norma conforme lo dispone el artículo 29 de dicho Tratado (...). Queda en consecuencia claro que la interpretación no es ni puede equipararse a una prueba, sino que constituye una solemnidad indispensable y necesaria que el juez nacional debe observar obligatoriamente antes de dictar sentencia, la que deberá por otra parte adoptar dicha interpretación. (...) En otros términos, únicamente la existencia de un recurso en el derecho interno que permita revisar la interpretación de las normas aplicables convierte en facultativa la solicitud de interpretación prejudicial, la que, en principio, resulta obligatoria”. (Proceso 010-IP-94, publicado en la Gaceta Oficial N° 177, de 20 de abril de 1995 y ratificado en los Procesos 01-IP-96, publicado en la Gaceta Oficial N° 257, de 14 de abril de 1997 y 07-IP-2009, publicado en la Gaceta Oficial N° 1729, de 3 de julio de 2009, respectivamente).*

La consulta es obligatoria para los tribunales nacionales de última instancia y deberá ser solicitada por el juez nacional en todo proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, ya que: *“la existencia de un pronunciamiento anterior del Tribunal, así se refiera a la misma materia debatida de un proceso ulterior, no exime al juez nacional de esta última causa de su obligación de elevar la correspondiente solicitud de requerir la interpretación”. (Proceso 03-IP-93, publicado en la Gaceta Oficial N° 138, de 04 de agosto de 1993).* El incumplimiento del trámite constituye una clara violación al principio fundamental del debido proceso y, en consecuencia, debe acarrear su nulidad, si es que dicha sentencia puede ser materia de un recurso de casación o de un recurso de amparo<sup>52</sup>, toda vez que las normas que garantizan el derecho al debido proceso son de orden público y de ineludible cumplimiento.

Cabe señalar que, por razón del principio de aplicación inmediata del derecho comunitario, la norma andina pasa a formar parte del ordenamiento interno sin que sea necesaria ninguna fórmula especial de introducción o de recepción, generándose así para el juez nacional la obligación de cumplirla y aplicarla.

En ese sentido, la suspensión del proceso y la consiguiente solicitud de interpretación prejudicial (cuando es obligatoria) constituye un requisito previo e indispensable para que el juez pueda dictar sentencia toda vez que él *“no puede decidir la causa hasta no haber recibido la interpretación autorizada de las normas comunitarias”*. Este *“requisito previo”* debe entenderse incorporado a la normativa nacional como una norma procesal de carácter imperativo y cuyo incumplimiento debe ser visto como una violación al debido proceso.<sup>53</sup>

Por otro lado, el hecho de que el juez de un País Miembro no solicite la interpretación prejudicial cuando ésta es obligatoria, constituye un incumplimiento por parte del País Miembro respecto de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, siendo este incumplimiento susceptible de ser perseguido mediante la denominada “acción de incumplimiento”, la cual es regulada en los artículos 23 y siguientes del Tratado de Creación de este Tribunal.

Los citados artículos del Tratado de Creación del TJCA disponen que la acción de incumplimiento en el que incurra alguno de los Países Miembros respecto a las obligaciones que imponen las normas comunitarias puede ser promovida por la Secretaría General, por cualquier País Miembro o por cualquier persona afectada en sus derechos por el incumplimiento vía el procedimiento previsto en el artículo 24 del Tratado. La sentencia de incumplimiento constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que corresponda.

#### **4. EL RECURSO POR OMISIÓN O INACTIVIDAD**

Tanto el recurso por omisión o inactividad como la competencia para las acciones laborales y la función arbitral son, relativamente, de reciente data. Fueron incorporadas al Tratado por el Protocolo de Cochabamba a partir del 25 de Agosto de 1999 y vienen a llenar un gran vacío existente en el Tratado. No hay sin embargo por el momento demasiada actividad en estas tres nuevas competencias. Se encuentra regulado por el artículo 37 del Tratado de Creación del Tribunal y los artículos 129 y siguientes del Estatuto.

El recurso por omisión está previsto para compeler al Consejo Andino de Cancilleres, a la Comisión o a la Secretaría General cuando incurran en

incumplimiento de una actividad a la que estén obligados expresamente por el ordenamiento jurídico comunitario. Fue materia del proceso 70-RO-03, publicada en la Gaceta Oficial N° 1033, de 10 de febrero de 2004 en una acción interpuesta por la República del Perú contra la Secretaría General de la Comunidad Andina por no haber emitido pronunciamiento sobre el recurso de reconsideración contra una resolución de la misma Secretaría General.

En la exposición de motivos se dijo que *“para que opere eficazmente el control de la legalidad por parte del Tribunal, debe contemplarse no solo el examen y la sanción por el órgano judicial de las conductas positivas contrarias al ordenamiento jurídico de los órganos del acuerdo sino también las omisiones o abstenciones que impliquen infracción de la norma comunitaria”*.

Para que prospere la acción conforme a las normas citadas se exige el cumplimiento previo de una etapa administrativa que debe agotarse ante el órgano comunitario correspondiente que incluye el requerimiento por escrito ante la entidad correspondiente, y que el órgano no haya dado respuesta en el plazo de treinta (30) días.

## **5. LA FUNCIÓN ARBITRAL**

Mediante el Protocolo de Sucre de 25 de junio de 1997, se señaló en la Disposición Transitoria Tercera lo siguiente: *“La Comisión de la Comunidad Andina podrá establecer un mecanismo arbitral para la solución de controversias entre los Países Miembros que persistan al pronunciamiento de la Secretaría General”*.

El Tribunal es competente para ejercer la función arbitral dirimiendo controversias ocurridas por la aplicación o interpretación de contratos, convenios suscritos entre órganos del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros cuando así sea acordado por las partes.<sup>54</sup> Hasta la fecha, sin embargo, el Tribunal no ha tramitado ninguna causa arbitral en este sentido. Tampoco lo ha hecho, a pesar de tener competencia para ello, en la solución de las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 del Tratado de Creación del Tribunal Andino.

Si bien la competencia está definida como exclusiva para las relaciones contractuales entre particulares y, además, que la controversia se vincule a la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos privados y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, esas limitaciones no afectan al amplio espectro de esa competencia en los diversos campos regidos por dicho ordenamiento, como son, entre otros, el derecho de propiedad intelectual, el derecho de los seguros o el transporte multimodal, que están regulados en sendas decisiones adoptadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena y que, en consecuencia, gozan de los atributos de la norma comunitaria, es decir, del efecto directo y de la primacía frente a las legislaciones nacionales.<sup>55</sup>

El acceso de los particulares a la justicia comunitaria, cuando se trate de la interpretación o aplicación de una norma comunitaria, tendría así una doble variante. En la jurisdicción ordinaria, mediante la acción ante los órganos jurisdiccionales nacionales quienes, en su oportunidad, tendrían que efectuar un reenvío al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que efectúe la consulta prejudicial respecto de la norma comunitaria en la que se sustenta su acción, y la alternativa, si se trata de una controversia entre particulares basados en contratos de derecho privado regidos por el ordenamiento jurídico comunitario, de ir directamente al Tribunal Andino, que actuaría actuando en este caso como un verdadero tribunal arbitral. En este último caso podría emitir su laudo en derecho o en equidad y en ambos casos sería obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución de acuerdo con las normas internas del País Miembro respectivo.

Esta es una valiosa innovación y un gran aporte y sorprende que no se haya hecho uso de dicha facultad por la comunidad comercial, especialmente en temas vinculados con la integración física, la propiedad intelectual, los seguros y el transporte en general. Tal vez la razón radica en la resistencia para aceptar que magistrados a tiempo completo y dedicación exclusiva en los poderes judiciales puedan a su vez ejercer funciones arbitrales por cuanto, en principio, les está vedado porque no pueden desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente, como es el caso de los magistrados del Tribunal Andino, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado de Creación del Tribunal.

Pero la inclusión de este artículo es feliz pues permitiría ahorrar mucho tiempo y recursos si se recurriera a este mecanismo en temas que están sujetos a la normativa comunitaria, como los anteriormente indicados. No es usual en verdad, que los magistrados permanentes de tribunales nacionales ordinarios actúen como árbitros, pero en algunos países, como Escocia, por ejemplo, cualquier juez puede ser

elegido como árbitro.<sup>56</sup> En el caso del Tribunal Andino eso está específicamente autorizado.

Es notable, sin embargo, el caso en las Altas Cortes de Inglaterra, donde en una célebre disputa sobre el derecho de seguro marítimo, las partes acordaron someter a la interpretación de un juez de la Alta Corte de Londres (The Commercial Court) la solución de un cuantioso reclamo sobre la correcta interpretación de una cláusula en un contrato de seguro marítimo.

Los antecedentes se remontan al 17 de septiembre de 1980, cuando Irak unilateralmente declaró nulo el acuerdo fronterizo de 1975 que tenía celebrado con el Irán, más conocido como “El Acuerdo de Argel”, y mediante esta anulación reclamaba la soberanía sobre la totalidad de la desembocadura del Shat el-Arab que ocupó militarmente cinco días después. Si bien el objetivo formal era la reclamación de la totalidad de la desembocadura del Shat el-Arab, en realidad se buscaba el debilitamiento del régimen de Teherán, lo que desencadenó una feroz guerra entre ambos países que duró cerca de ocho años y que concluyó en el mes julio de 1987, cuando el Irán aceptó los términos del alto al fuego de la resolución 598 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Durante todo el lapso que duró la guerra quedaron atrapados en el Shat el-Arab una gran cantidad de buques tanques petroleros, y tanto los propietarios de la carga como los armadores reclamaron a sus respectivos aseguradores la indemnización correspondiente por la pérdida total reputada de sus respectivos intereses. La cobertura de los armadores estaba incluida en una cláusula denominada “blocking and trapping” que no había tenido hasta el momento una interpretación por parte de los tribunales. Era una disputa entre los aseguradores del casco y los aseguradores de la responsabilidad civil de los armadores frente a los aseguradores de la carga.

En ese caso, todos los intereses involucrados –habían más de 30 buques detenidos- acordaron someter el asunto a la decisión de un juez de primera instancia de la High Court (Commercial Court) de Londres y aceptar como final su veredicto. En dicho caso,<sup>57</sup> el Juez Staughton actuó como un verdadero árbitro de derecho, sin renunciar a su condición de Juez de su Majestad Británica. Tuvo, es cierto, que solicitar el respectivo permiso al Lord Chancellor, nombre que se le da a quien ejerce las funciones de Presidente del Poder Judicial en el Reino Unido, y éste, por cierto, lo concedió de inmediato.

Lo que hicieron los armadores, cargadores y aseguradores para resolver el asunto fue convertir, de facto, a la Alta Corte Comercial de Inglaterra en un verdadero tribunal arbitral, conjugando de manera admirable el talento y la independencia de la renombrada Corte Comercial del Reino Unido, con el pragmatismo y la seriedad de los hombres de negocios de la City de Londres.

Este caso ilustra elocuentemente las posibilidades que ofrece el Tribunal Andino y, en su caso, la Secretaría General de la Comunidad Andina para resolver por vía arbitral, ya sea en arbitrajes de derecho o en equidad (*ex aequo et bono*), las diferencias que se puedan suscitar entre los particulares de los Países Miembros, sean permanentes o asociados, por la aplicación o interpretación *“de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”*.

Con la implementación de la competencia arbitral, tanto del Tribunal de Justicia como de la Secretaría General, se ampliaría el acceso de los particulares a la justicia comunitaria, - que es ya bastante liberal y generosa a diferencia del TJUE - al permitir la solución de conflictos por vía arbitral cuando se trate de la interpretación o aplicación de una norma comunitaria.

Tendrían así los particulares –en estos casos- una alternativa: (a) En la jurisdicción ordinaria, mediante la acción ante los órganos jurisdiccionales nacionales quienes, en su oportunidad, tendrían que efectuar un reenvío al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que efectúe la consulta prejudicial respecto de la norma comunitaria en la que se sustenta su acción; y, (b) directamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina actuando como tribunal arbitral. En este último caso podría emitir su laudo en derecho o en equidad y en ambos casos será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución de acuerdo con las normas internas del País Miembro respectivo.

Un caso que se resolvió en Primera Instancia en el 34º Juzgado Civil del Circuito de Bogotá D.C. República de Colombia que involucraba una empresa de transporte terrestre, denominada Expreso Internacional Ormeño S.A. con la Previsora S.A. Compañía de Seguros<sup>58</sup>, puede ilustrar esta posibilidad.

La empresa demandante, Expreso Internacional Ormeño S.A., era propietaria del vehículo ómnibus de servicio público internacional marca Volvo de placa de rodaje U03482 y el 30 de agosto de 2000 en su ruta de transporte por carretera, debidamente habilitado por el Ministerio de Transporte Colombiano, se trasladaba de

la ciudad de Caracas (Venezuela) a la ciudad de Lima, cuando fue interceptado por un grupo de hombres armados que decían pertenecer al ELN (Ejército de Liberación Nacional de Colombia). Los asaltantes hicieron bajar a los ocupantes del ómnibus, rociaron de gasolina el vehículo y le prendieron fuego causando, de esa forma su destrucción total. Los hechos fueron denunciados ante el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía del Municipio de Piéndamo, que era la jurisdicción que correspondía para asentar la denuncia y el reclamo correspondiente.

El Gobierno de la República de Colombia, para atender las reclamaciones e indemnizaciones por actos terroristas en las carreteras colombianas había tomado, a través del Ministerio de Hacienda, una póliza de seguro de automóviles para cubrir los daños causados por acciones de grupos terroristas y/o subversivos causados en vehículos dentro del territorio de la República de Colombia. El representante del transportista formalizó la denuncia y dio aviso al asegurador, a través de su corredor la sociedad Promoseguros Ltda. El asegurador, la Previsora S.A. Compañía de Seguros rechazó el reclamo alegando que el vehículo siniestrado no tenía el seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT). El asegurado replicó alegando que el vehículo siniestrado estaba asegurado por la Compañía de Seguros El Pacífico mediante la póliza andina de responsabilidad civil de automóviles la cual cubre los perjuicios por daños materiales y/o personales ocasionados a terceros y cuenta con coberturas más amplias que las exigidas por el SOAT de acuerdo con lo dispuesto en la Decisión 290 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

El demandante acudió al 34º Juzgado Civil del Circuito de Bogotá D.C. demandando la indemnización correspondiente y el juez remitió el asunto al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para recabar la correspondiente consulta prejudicial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sobre el alcance e interpretación de los artículos 1, 2 y 3 de la Decisión 290 y de los artículos 2, 3, 4, 5, primer párrafo, 21, 22, 32, 50, literal d), y 51, literal d), de la Decisión 398 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

El Tribunal en la absolución de la consulta se refirió, entre otros, a la supremacía del ordenamiento jurídico comunitario sobre las normas de derecho interno, a la póliza andina de seguro de responsabilidad civil y a los principios fundamentales y del ámbito de aplicación del transporte internacional de pasajeros por carretera, y concluyó diciendo que *“las Decisiones 290 y 398 prevalecen sobre toda regulación nacional anterior o posterior a ella, en cuanto resulte incompatible con dichas Decisiones, conforme a los principios de aplicación inmediata y primacía de la norma comunitaria”* por un lado y concluyó que *“la Póliza Andina de Seguro de*

*Responsabilidad Civil deberá ser emitida por una empresa aseguradora establecida en cualquiera de los Países Miembros”.<sup>59</sup>*

El caso ilustra, con elocuencia, la alternativa que ofrece el foro arbitral del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Aquí se trataba de un reclamo entre particulares, por un contrato privado de seguros donde era de aplicación una normativa comunitaria. El asegurado optó por recurrir al juez de primera instancia y éste tuvo el buen tino de enviar una consulta prejudicial que, en su caso, era sólo facultativa, ya que la consulta obligatoria es para aquellos jueces de instancia única o de última instancia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 132 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En este aspecto, las bondades del sistema andino de integración en lo relativo a la solución de controversias, resulta más favorable y liberal que el europeo, toda vez que los particulares tienen acceso directo a las acciones de nulidad cuando tengan un legítimo interés, requisito que el Tribunal ha interpretado de manera liberal y a las de incumplimiento cuando afecten sus derechos subjetivos. Además pueden someter sus diferencias, siempre y cuando se trate entre particulares, con ocasión de contratos de carácter privado, y cuya materia esté regida por el derecho comunitario, a un expeditivo procedimiento arbitral que cuenta con las garantías preestablecidas de imparcialidad y, además, con la ventaja de que el laudo que emitan, es obligatorio, inapelable y constituye título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro de la Comunidad.

El caso es diferente con el TJUE, donde no está prevista una competencia arbitral para los particulares, y donde su acceso, como regla general, es mucho más restringido que en el caso de la Comunidad Andina. Esta situación ha merecido la atención de la doctrina<sup>60</sup>, y se ha dejado abierta la cuestión de si en determinadas materias sometidas a arbitraje que afecten a una normativa comunitaria podrían los árbitros solicitar al Tribunal de Luxemburgo una consulta prejudicial, ya que como es sabido la competencia del Tribunal en ese caso solo está abierta a “los tribunales nacionales de los Estados Miembros”.

La corte ha señalado que para que puedan ser habilitados para efectuar el reenvío prejudicial sería menester que fuesen tribunales permanentes y sobre todo que el país o Estado Miembro se encuentre involucrado en su composición y que, además, sea el único tribunal competente para solucionar esas disputas. Estos requisitos no se dan, por cierto, en los casos de los arbitrajes comerciales. En el caso de la Comunidad Andina, en cambio, no solo existe expresa competencia arbitral del Tribunal, con las restricciones antes señaladas, sino que existe un gran bagaje de



normativa comunitaria sobre materias de derecho comercial.<sup>61</sup> Esto ha creado una serie de problemas. Resulta en efecto paradójico y lamentable imponer a los tribunales arbitrales la obligación de observar la normativa comunitaria y a la vez impedirles que puedan acceder al Tribunal Europeo a través de la consulta prejudicial.

Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el Tratado de Creación del Tribunal. Sin embargo, los Países Miembros o los órganos e instituciones del sistema andino de integración, en sus relaciones con terceros países o grupos de países, podrán someterse a lo previsto, de conformidad con el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal.

Esta disposición, inspirada en un mecanismo semejante del que rige para la Unión Europea, confirma así el monopolio de la solución de controversias por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al menos para las controversias entre los Países Miembros entre sí y los de los organismos del sistema andino de integración entre sí y con los Países Miembros; pero deja abierta la posibilidad para que tanto los Países Miembros como las instituciones del sistema andino de integración, en sus relaciones con terceros países, puedan someterse voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal, situación ésta que hasta la fecha no se ha presentado.

## **6. LA JURISDICCIÓN LABORAL**

Las acciones laborales que se propongan ante el Tribunal tienen por objeto dirimir las controversias que, originadas en una relación de trabajo, se susciten entre los órganos e instituciones del sistema andino de integración y sus respectivos funcionarios o empleados, de conformidad con el convenio de sede que resulte aplicable. La acción laboral prescribe a los tres años contados a partir del acto o hecho que origina la reclamación.

En el Estatuto del TJCA se señala que en la sentencia el Tribunal aplicará los principios generales del derecho laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo y aquellos que sean comunes a los Países Miembros. Pueden acudir en demanda ante el Tribunal, para reclamar el cumplimiento de sus derechos laborales, los funcionarios o empleados que tengan o hayan tenido relación laboral con cualquiera de los órganos e instituciones del sistema andino de integración determinados en el artículo 6 del Acuerdo de Cartagena.

Es requisito indispensable para el ejercicio de esta acción que el demandante demuestre haber formulado petición directa ante su empleador respecto de los mismos derechos laborales que pretende, sin haber tenido respuesta dentro de los treinta (30) días siguientes, o cuando la obtenida le hubiere sido total o parcialmente desfavorable. En tal sentido, el artículo 51 del Estatuto del TJCA señala que:

*“Las demandas promovidas para reclamar derechos laborales frente a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración deberán anexar, además de lo determinado en el artículo 46:*

*a) El contrato de trabajo o el ofrecimiento de otra prueba de la existencia de la relación laboral; y,*

*b) Copia de la respuesta dada por el organismo empleador al reclamo del funcionario o empleado exigiendo la satisfacción de sus derechos laborales o, en su defecto, la demostración de que han transcurrido más de treinta días desde la fecha de presentación de la solicitud y la manifestación de que no se ha obtenido respuesta”.*

El Tribunal, luego de contestada la demanda, convocará a las partes a una audiencia en la que les instará a conciliar sus diferencias, si fueren susceptibles de transacción. Si no lo hicieren, propondrá las formulas de acuerdo que estime justas, sin que ello signifique prejuzgamiento. Asimismo, en cualquier estado del proceso, las partes, de común acuerdo, podrán solicitar al Tribunal que convoque a una audiencia de conciliación. En caso de que se lograre acuerdo, se suscribirá el acta correspondiente, la cual dará por terminado el proceso y tendrá efectos de cosa juzgada. De lo contrario, el proceso continuará hasta su culminación.

A nuestro entender se hace necesario modificar el articulado de la jurisdicción laboral contenido en el Tratado y en el Estatuto, y tomar como referente al Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas establecido en virtud de la resolución 351 A (IV) de la Asamblea General, de 24 de noviembre de 1949, y cuyo objetivo es fallar en las demandas en las que se alegue incumplimiento de los contratos o de las condiciones de empleo de los funcionarios. Está compuesto por siete miembros, siendo elegidos por la Asamblea General por cuatro años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez.

Tal vez sería conveniente que cada uno de los órganos del SAI tuviere su propio Tribunal Administrativo, con una apelación directa al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como instancia de revisión. Esta alternativa ahorraría costos y tiempo y los afectados podrían iniciar las acciones en los respectivos países donde funcionan dichos organismos comunitarios.

- 
- 1      Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, de 28 de mayo de 1996.
  - 2      Véase también Sentencia del 21 de enero de 2004 en el Proceso 35-AN-01 en los seguidos por la República de Colombia contra el artículo 3 de la Resolución 487 de la Secretaría General publicada en la Gaceta Oficial N° 1040, de 3 de marzo de 2004.
  - 3      Ortega, Marta: El acceso de los particulares a la justicia comunitaria, Barcelona: Ariel Practicum, 1999. Pág. 225.
  - 4      Alonso García, Ricardo. Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1994. Pág. 363. Ver: S. Alemania y Otros v. Comisión, 9 de julio de 1987-281, 283-285 y 287-85. Este caso ha sido excepcional en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Fue una anulación por una intervención comunitaria en un ámbito material no cubierto por el mercado común. Similar al vicio que motivó la anulación de la sentencia recurrida en este caso.
  - 5      Guy, Isaac. Manual de Derecho Comunitario General, Barcelona: Ariel Derecho, 1985. Pág. 278.
  - 6      Sentencia de 16 de mayo de 1991, Extramet Industrie/Consejo, C-358/89, Rec. p. I-2501.
  - 7      Ciurlizza Contreras, Javier: “Del Locus Standi al Ius Standi del Individuo en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”. En: Revista “IusInterGentes”. Año 2 N-2 2005. Pág. 17.
  - 8      <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/57211BCC-C88A-43C6B540AF0642E81D2C/0/CPProtocole14EN.pdf> (01/06/2010).
  - 9      Vidal Fernández, Begoña: “El Proceso de Anulación Comunitario: Control Jurisdiccional de la legalidad de las actuaciones de las Instituciones

Comunitarias”. Barcelona: Cedecs Editorial S.L. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales. 1999. Pág. 211.

- 10 En la Unión Europea, el particular nunca puede interponer una Acción de Incumplimiento en contra de un Estado Miembro.
- 11 Dicha función arbitral aún no se encuentra debidamente reglamentada en la CAN.
- 12 Vidal Fernández, Begoña. Op. Cit., Pág. 212.
- 13 En el caso de los “no destinatarios” de la norma comunitaria se exigen dos requisitos que se tornan en concurrentes: la afectación directa y la afectación individual.
- 14 Véase: Alonso García, Ricardo. Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea, Pamplona: Biblioteca de Legislación Serie Menor, Thomson Civitas, 2008. Págs. 82 y 83.
- 15 Dicho estudio tiene su origen una conferencia pronunciada en el Congreso de Integración Europea, organizado por la Universidad Carlos III de Madrid, los días 28 y 29 de mayo de 1998.
- 16 Caso “Contrachapados” (PROCESO Nº 04-AN-97): “En efecto, doctrinariamente y en general, la habilitación para intentar demandas está conectada con tres situaciones procesales básicas: la de los titulares de derechos subjetivos (de índole civil o administrativa), la de los interesados legítimos y la de los simples interesados, situaciones que van escalonadas en un orden progresivo de amplitud, siendo la más restringida la primera y de máxima extensión la de los simples interesados. Es así mismo esa la terminología generalmente admitida que acoge el también artículo 19 del Tratado de Cochabamba, próximo a entrar en vigencia, y reformatorio del que actualmente rige el funcionamiento del Tribunal Andino. (...) La más afortunada conceptualización de esas tres situaciones habilitantes para intentar una acción de nulidad, ha sido realizada en la doctrina italiana a partir de las enseñanzas del profesor Enrico GUICCIARDI de la Universidad de Pavía, y han sido recogidas y explicitadas en la doctrina latinoamericana especialmente por el tratadista argentino Miguel MARIENHOFF. La referida distinción descansa en la que correlativamente existe entre las fuentes de las cuales tales situaciones jurídico-procesales emanan, a saber: las normas de relación en el caso de los derechos subjetivos; y las de acción, origen estas últimas de los intereses legítimos y soporte igualmente de la correspondiente al simple interesado. El concepto de derecho subjetivo, considerado por la doctrina como una de las nociones más manoseadas por la literatura jurídica de todos los tiempos, se tradujo en numerosas y variadas definiciones que parecían hasta contradictorias, pero que a la postre revelaron sin embargo cómo todas descansaban sobre el uno o el otro común denominador de las doctrinas elaboradas al respecto (...).”

- 17 Acción de Incumplimiento incoada por el abogado colombiano César Moyano Bonilla (PROCESO N° 75-AI-2001).
- 18 Rubio Correa, Marcial: El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- 19 “Bolilla 5: El particular como sujeto de la relación jurídica administrativa”. Véase: <http://www.todoelderecho.com/Destacados/bol5.htm>
- 20 Véase: Caso 14-AN-2001, seguido por el ciudadano colombiano César Moyano Bonilla que logró que el Tribunal declarara parcialmente nulo el artículo 1, nulo el artículo 2 y parcialmente nulo el artículo 276 de la Decisión 486 que regula el derecho de propiedad intelectual en la Comunidad Andina. Posteriormente, el mismo ciudadano Moyano intentó una acción de incumplimiento pero el Tribunal la desestimó por cuanto no había acreditado que la norma que impugnaba afectara sus derechos subjetivos.
- 21 Alonso García, Ricardo. La Responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario, Madrid: Editorial Civitas 1997. Pág. 20
- 22 En el asunto C-213/89, que tiene por objeto una petición dirigida al TJUE, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por la House of Lords.
- 23 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha descrito el procedimiento de la consulta prejudicial como “una forma de cooperación jurisdiccional (...) mediante el cual el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia, dentro de los límites de sus propias competencias, para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todos los Estados miembros”, esto ha sido señalado en la ponencia del caso SCHWARZE de diciembre 01 de 1965. Rec. P. 1082. Haak W.E.: “El Reparto de funciones entre el Tribunal de Justicia y los Órganos Jurisdiccionales. La Remisión Prejudicial en Coloquio sobre la Cooperación entre el Tribunal de Justicia y los Órganos Jurisdiccionales”. Luxemburgo, diciembre 03 de 2002).
- 24 Véase: Ponencia del caso SCHWARZE de diciembre 01 de 1965. Rec. Pág. 1082.
- 25 Véase: Robert Lecourt: “L’Europe des juges”. Bruxelles, 1976. Pág. 273, citado por Silvia Ortiz Herrera en “Aplicación del Derecho comunitario: La cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en Revista de Derecho Procesal, Año 1997 No. 3.
- 26 Véase: “Island of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community”. The American Journal of International Law Vol. 103 No. 1 January 2009.
- 27 Véase: Vigil Toledo, Ricardo en la Conferencia “La Comunidad Sudamericana de Naciones”, dictada en el Instituto de Derecho Público y Comparado de la Universidad Carlos III dentro de una Convocatoria titulada “Los Sistemas Latinoamericanos de Integración Regional” en Madrid, Centro de Estudios

Constitucionales, febrero 2005 y publicada por el autor en “Reflexiones en torno a la Construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones”, Quito octubre de 2006.

- 28 Véase: Asunto 26/62.
- 29 Véase: Asunto 6/64.
- 30 Véase: Trevor C. Hartley “The European Court, Judicial objectivity and the Constitution of the European Union”. 112 The Law Quarterly Rev. 95 (1996). Ver Weiler Note 9 at 2413.
- 31 Véase: Riechenberg, Kurt: “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” en conferencia “El proceso Prejudicial en la Unión Europea”. Centro de Altos Estudios de Derecho de Integración. Granada Nicaragua, 07 de Febrero 2003.
- 32 Véase: Villagómez Cebrián, Marco. La Cuestión Prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1994. Pág. 38.
- 33 Véase: Villagomez Cebrian, Marco. Op.cit., Pág. 45.
- 34 Traducción libre de Ricardo Vigil del artículo de Stein, Eric: “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution”. 75 AJIL 1 (1981): “Tucked away in the fairlyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by powers that be and the massmedia, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe”.
- 35 Véase: Alec Stone Sweet and Thomas Brunell: “Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community”. Am. Pol. Sci. Rev 63 March 1998.
- 36 Véase: Alvarez, José E. Internacional Organizations as Law –markers, Oxford University Press, 1995. Pág. 466.
- 37 Véase: Pescatore, Pierre. “La Cuestión Prejudicial – Evolución del Sistema” en “Coloquio sobre la Cooperación entre el Tribunal de Justicia y los Órganos Jurisdiccionales”. Recopilación de los informes inductorios. 50 Aniversario del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Luxemburgo, martes 03 de diciembre de 2002.
- 38 Pescatore, Pierre. “La Interpretación del Derecho comunitario por el juez nacional”. En: Revista de Instituciones Europeas Vol. 23, Nº 1, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. Págs. 7-32
- 39 Véase al respecto William Holdsworth: “A History of English Law”. Vol. IV. Págs. 217-293 citado por Pescatore ut supra.
- 40 Sentencia Cilfit I del 6.10.1982 y Cilfit II del 29.2.1984.

- 41 Véase: Chahín, Guillermo. Criterios Fundamentos Constitucionales del Derecho Comunitario Andino. En: Testimonio Comunitario, Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004. Págs. 100 y sgts.
- 42 Véase: Moyano vs. Comisión de la Comunidad Andina, Proceso 14-AN 2001.
- 43 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Artículo 34.
- 44 Dashwood, Alan y Johnston, Augus. The Future of the Judicial System of the European Union, Centre for European Legal Studies, University of Cambridge. Oxford and Portland, Oregon USA. 2002. Se trata de los casos 106/89 Marleasing S.A. v. La Comercial Internacional de Alimentación S.A. [1990] ECR. 4135 y el 323/93 R. Vs. H.M. Treasury ex parte British Telecommunications plc [1996] ECR 1/1631.
- 45 Véase: Proceso 1-IP-94, Marca: “Mac Pollo, publicado en Gaceta Oficial N° 164.
- 46 Véase: Interpretación Prejudicial 10-IP-94, publicado en Gaceta Oficial N° 177, de 20 de abril de 1995.
- 47 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 35. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 127.
- 48 Véase: Vigil, Ricardo: “Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad de Naciones”. Págs. 24 y 25.
- 49 Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 121.
- 50 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Artículo 33.
- 51 Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina. Artículo 122.
- 52 Vigil Toledo, Ricardo. Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones, Quito, octubre 2006. Págs. 26-29. Así, por ejemplo en la Sentencia de Casación de la Corte Suprema del Ecuador, Expediente 256-2001 del 31 de agosto de 2001, declararon la nulidad de la sentencia y repusieron la causa al estado en que se debió dar cumplimiento a la solicitud de interpretación al Tribunal Andino por cuanto el asunto versaba sobre la aplicación de las normas contenidas en los artículo 81, 83 lit. a) y 102 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En otro caso, en la Sentencia de la Corte Suprema del Ecuador, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, del 5 de octubre de 1999, claramente estableció en sus considerandos que era obligación de la Corte Superior de Guayaquil, por ser la última instancia de grado, de solicitar la consulta al Tribunal de justicia de la Comunidad Andina, y que dicha obligación no se extendía a los recursos de casación por ser éstos extraordinarios a diferencia de los ordinarios y, en tal situación son las Cortes que absuelven el grado en última instancia los obligados a formular la consulta.

En el caso de España, mediante sentencia STC 58/2004 del Tribunal Constitucional, se ha declarado fundado un recurso de amparo por incumplimiento de la obligación. El Tribunal al anular la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña ha actuado, lo mismo que los jueces del Tribunal Supremo de Ecuador, como verdaderos jueces comunitarios al restablecer las reglas del debido proceso y aplicar el Derecho comunitario en los casos en que la consulta a los Tribunales de Justicia de las respectivas Comunidades es obligatoria.

- 53 María Antonieta Gálvez Krüger señala que: “Una sentencia dictada sin cumplir con lo establecido por el artículo 33 del Tratado de Creación del TJCA es igual de nula, por ejemplo, que una sentencia emitida sin contar con el dictamen del Ministerio Público en un proceso contencioso administrativo. (...) Contra una sentencia que haya adquirido calidad de cosa juzgada y que adolezca del vicio antes señalado cabría, en principio, demandar su nulidad alegando que se ha afectado el debido proceso (nulidad de cosa juzgada fraudulenta). Asimismo, podría intentarse una acción de amparo alegando que se trata de una resolución judicial emanada de un proceso irregular que viola el derecho a un debido proceso. En ambos procesos el juez que resuelva como última instancia también se encontraría obligado a solicitar interpretación prejudicial, ya que para resolver necesariamente tendría que remitirse al Tratado de Creación del TJCA”.

Gálvez Krüger, María Antonieta. Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En: Revista THÉMIS de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Época 2, Nº 42 (2001). Págs. 142-143.

- 54 Artículo 38 del Tratado de Creación del Tribunal.
- 55 Véase más extensamente en: Vigil Toledo, Ricardo: “La competencia arbitral del Tribunal de Justicia y de la Secretaría General de la Comunidad Andina”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer Stiftung 13er año, Tomo II. Págs. 773 y sgts.
- 56 Véase: Law Reform (Miscellaneous Provisions) Scotland Act 1980, s 17(1).
- 57 Lloyds Law Reports [1982] Vol. I “The Bamburi”. Págs. 312 et seq.
- 58 Véase: Sentencia del 18 de Mayo del 2005, recaída en el Proceso 16-IP-2005 en base a la solicitud presentada por el 34 Juzgado Civil del Circuito de Bogotá. Actor: Expreso Internacional Ormeño.
- 59 Proceso 16-IP-2005 de 18 de mayo de 2005.
- 60 Véase: Profesor J. Murray: “Arbitrability in the European Union” en Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law”. Págs. 117 y 118.



- 61 Véase: Caso 102/81 Nordsee Deutsche Hochseefischerei GMBH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG [1982] ECR 1095, 111, y Caso 393/92 Gemeente Almelo v Energiebedrijf IJsselmij NV, Rec 1994 [1994] ECR I-1477, 1508.

## CAPÍTULO IV

### EL FUTURO DEL TRIBUNAL ANDINO

Con la histórica creación del Tribunal Andino de Justicia se pensó que el esquema para la integración sudamericana empezaría a acercarse al de la Unión Europea, ya que con él se había dado el salto cualitativo de pasar de un esquema intergubernamental a uno supranacional dotándolo de un garante de su legalidad. Tenían además los países de la Comunidad Andina y los del MERCOSUR las ventajas comparativas que le ofrecía su historia compartida, y una misma estructura jurídica que serían los pilares fundamentales, los cimientos para la construcción de la tan ansiada integración sudamericana, a la que luego se incorporaría Surinam y Guyana.

Como se ha visto esto se había logrado con la creación de la Comunidad Sudamericana de Naciones, fundada en la ciudad del Cusco pero que tuvo efímera existencia al haber sido sustituida, casi sin solución de continuidad, por la creación de la Unión de Naciones Suramericanas, más conocida como la UNASUR, en la que se tomó distancia de los antecedentes que habían precedido al proyecto de la Comunidad Sudamericana de Naciones; lamentablemente cuando todo parecía indicar que se habían aquilatado las experiencias de la Comunidad Andina y del MERCOSUR y se esperaba el paso adelante, en firme, para la construcción de la tan ansiada integración de la América del Sur.

La suerte del futuro de la Comunidad Andina y del compromiso de la integración sudamericana en general estaría echada si es que no se corrige pronto el derrotero que se ha querido imprimir en este nuevo intento, que, una vez más vuelve a incurrir en los mismos errores del pasado, como los que manifestó en su oportunidad, quien fuera Presidente y destacado Magistrado del Tribunal Andino de Justicia, el Dr. Fernando Uribe Restrepo y que, desde otra perspectiva también lo señalara otro de los fundadores de la integración andina, el Embajador del Perú Carlos Alzadora Traverso con este agudo comentario:

*“Tres cosas contribuyeron a debilitar el proyecto andino: la programación industrial que con tan poco realismo impuso el Perú y que lo desvió de sus metas comerciales originales; las sucesivas renegociaciones de todo lo actuado por el retiro de Chile y Venezuela; y el sabotaje neoliberal de quienes no se atrevieron a retirarse del Acuerdo pero hicieron lo posible*

*por paralizarlo o destruirlo, y que, además, aprovecharon los pretextos de la globalización y el libre comercio para dismantelar lo que en el fondo era una estructura de supervivencia, que debía galvanizar la unidad de seis pueblos hermanos y proyectarlos con fe hacia un futuro provisor, en el que toda una generación de andinos había depositado sus mas caras esperanzas.”<sup>1</sup>*

Estas reflexiones las agrupaba el autor bajo el subtítulo de la “ilusión abandonada” que sintetiza los porfiados intentos de esta reunificación tantas veces prometida y tantas veces defraudada hasta casi convertirla en un sueño, pero habría que recordar, sin embargo, como en el verso de Shakespeare, que la ilusión o la esperanza es la sustancia de la que están hechos los sueños y que éstos, a veces se cumplen como fuera el de Martin Luther King con la elección de Barack Obama a la Presidencia de los Estados Unidos de Norteamérica.

Como se desprende de estos antecedentes, la profundización del proceso de integración había alcanzado, por lo menos en lo que respecta a la Comunidad Andina, un avance en la integración regional, siempre con la mira en que no era un fin en sí mismo sino una etapa en el proceso de reunificación de la América Latina, empezando con la integración sudamericana; ya de por sí difícil por las existentes asimetrías en el sub continente. Sin embargo se cumplía con un mandato que imponía no solo la perdida vocación unitaria del pasado sino la obligación de responder a las exigencias de un mundo cada vez más globalizado y competitivo.

Desde una perspectiva más amplia y ambiciosa era un primer gran paso hacia la creación de un Tribunal o Corte Suprema Latinoamericana, como lo habían percibido agudos observadores internacionales tanto de la cátedra como por parte de los agentes de sus respectivos procesos de integración subregional.<sup>2</sup>

Este proceso también había tenido un gran impulso con un acercamiento entre los distintos tribunales regionales con las convocatorias promovidas por la Corte Centroamericana de Justicia y especialmente con la magna conferencia sobre solución de controversias en el comercio internacional, celebrada en Montevideo, Uruguay en la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay, bajo los auspicios del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR en el año 2004 en Montevideo.

En aquella oportunidad, luego de pasar revista al sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina, para contrastarlo con los otros vigentes en el

ámbito latinoamericano con el sistema de la Organización Mundial de Comercio, a modo de conclusión de mi intervención, señalé que:

*"Con todo el bagaje normativo que se ha creado, no sería difícil armonizar las legislaciones vigentes en ambos grupos subregionales en materias específicas que ya han sido materia de normas comunitarias tales como la normativa sobre Propiedad Intelectual, basada en el ADPIC de la OMC, las normas sobre Competencia que se encuentran revisión y que serán materia de una normativa comunitaria y las normas sobre transporte multimodal, tomando en consideración los avances del proyecto IIRSA. Estos tres elementos, que tienen prioridad en la agenda comercial, constituirían un bloque que permitiría avanzar en el largo proceso de integración que ya existe en América del Sur...Una interpretación uniforme de la aplicación de dichas normas en todo el territorio sudamericano sería, de suyo, una fundación del esquema de integración que es ahora, más que nunca, imparable."*<sup>3</sup>

Después de este magno evento siguió, casi sin solución de continuidad, la histórica implantación del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR en Asunción, Paraguay, el 21 de octubre de 2004 precedido por una Conferencia días antes donde se estableció, de hecho, un mecanismo informal de cooperación entre ambos tribunales. En aquella ocasión el entonces Presidente de la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR, comentó con el Presidente de la Argentina sobre el Acuerdo entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR para crear una zona de Libre Comercio y señaló que lo que faltaba era construir, con base en esas dos grandes instituciones, una Comunidad Sudamericana. Señaló textualmente: *"Tenemos un guión y ese guión es el de la Unión Europea. Las Instituciones que hemos creado son similares a las de la Unión Europea cuando fue creada y avanzó"*.<sup>4</sup> Esta coordinación luego se haría efectiva en el Primer Encuentro de Magistrados de los Órganos Jurisdiccionales de los Países del MERCOSUR y de la Comunidad Andina, en la ciudad de Arequipa, Perú en octubre del 2005.

Lamentablemente la iniciativa no alcanzó la continuidad necesaria, probablemente por no haberse concebido una agenda realista que fuera compatible con el largo y delicado proceso que significa la construcción de una verdadera integración que implica fundamentalmente cesiones parciales de soberanía. La inclusión prematura de temas que no se encontraban lo suficientemente maduros como para constituir una base sólida para la creación de una verdadera Unión Sudamericana, siguiendo el ejemplo trazado por la Unión Europea, fue, tal vez, el primer gran escollo. La idea no era simplemente establecer acuerdos de complementación económica, ya que éstos podrían acordarse en el foro de la

Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) sino sentar bases sólidas para una verdadera integración.

Sin embargo, tampoco eran unas palabras más del intercambio protocolar en un tema que se había venido tratando desde hace mucho tiempo para reivindicar una vieja aspiración de integración no solo sudamericana sino latinoamericana. Días antes, el 8 de octubre de 2004, el entonces Secretario General de la Comunidad Andina, había definido en la ciudad de Montevideo, durante una sesión extraordinaria organizada por la Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI, la convergencia entre los Países de la Comunidad Andina y del MERCOSUR, más que como la de un Tratado de Libre Comercio como una verdadera profundización en el desarrollo de la infraestructura, mediante la cooperación financiera, política y el desarrollo económico y social. Acompañó a su exposición, entre otros, una pequeña síntesis que resumía en cinco puntos cardinales una aproximación de ambos bloques de los cuales cabe resaltar tres pues en ellos estaba sintetizada la posibilidad de la fundación de una verdadera Comunidad Sudamericana de Naciones: (a) un tratado marco que asegurara la convergencia y la capacidad de articulación regional; (b) la institucionalización de órganos con capacidad de adoptar decisiones vinculantes; y, (c) un mecanismo jurisdiccional de solución de controversias que garantizara el respeto de los compromisos asumidos.<sup>5</sup>

Este derrotero, confirmado luego por las declaraciones de su par, el Presidente del Comité de Representantes Permanentes de MERCOSUR, no solo cerraba un largo periplo de aproximaciones y conversaciones sino que situaba en términos reales, pragmáticos y bien definidos, el rumbo que debería seguirse para alcanzar la tan ansiada integración sudamericana en una larga travesía no exenta de peligros, trampas y tentaciones para abandonarla. Sin embargo éstas últimas al fin prevalecieron sobre aquellas buenas intenciones, confirmando así ese lugar común que se le atribuye a estas latitudes, la de primar la retórica sobre el duro trabajo y la falta de implementación de decisiones en la profundización de la integración.<sup>6</sup>

#### **LA INCORPORACIÓN DE LOS MIEMBROS ASOCIADOS Y LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR.**

Los antecedentes próximos de estas declaraciones de los personeros principales de ambos bloques subregionales sudamericanos estaban en la incorporación de Bolivia, el Perú y Venezuela como miembros asociados del MERCOSUR, aún cuando sus contrapartes no habían solicitado, ni al parecer tenían intención alguna de incorporarse en idéntica calidad a la Comunidad Andina. Esto si bien de por sí era una mala señal, había sin embargo, un hecho esperanzador: la

histórica implantación del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR con el Protocolo de Olivos. Todo ello acompañado además de la decisión de seguir el modelo de la Unión Europea; es decir, de optar por un proceso de integración que llevara como marca su profundización hasta convertirse en una verdadera Unión Sudamericana.

Tal vez al crear el Tribunal Permanente de Revisión habían recordado que resultaba fundamental seguir los pasos de los europeos que desde la Conferencia del Carbón y el Acero habían decidido, como primer paso en su integración, crear un “mecanismo de solución de controversias”, abandonando la idea de un tribunal arbitral internacional y optando por un órgano jurisdiccional que se convertiría luego en el Tribunal de Justicia de la propia Comunidad del Carbón y del Acero, lo que posteriormente desembocaría en la creación del actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Era una buena señal ya que lo que se quería era dejar definitivamente instaurado un garante e intérprete final del tratado que eventualmente crearía la tan ansiada y largamente esperada integración de ambos bloques subregionales como una futura Comunidad Sudamericana de Naciones merced a la unión de la Comunidad Andina y el MERCOSUR y la República del Surinam y de la Guyana.

Después de estas declaraciones, el panorama del proceso de integración sudamericano parecía en ese momento mas claro: se removerían las dudas que existían en el sentido si el proceso sería solo para lograr un acuerdo regional para el libre tránsito de mercaderías y servicios como un fin en sí mismo o, para optar por uno más profundo, donde el libre tránsito de personas y cosas sería solamente el paso inicial de un proceso más complejo y ambicioso, exactamente como el iniciado hace mas de 50 años por la Unión Europea con la firma del Tratado de Roma del 25 de Marzo de 1957. Sin duda, aunque no lo expresaran en esa oportunidad, un acercamiento entre la Comunidad Andina y MERCOSUR para la creación de una comunidad de derecho sudamericana requería, para ser considerada verdaderamente como tal, de un órgano jurisdiccional autónomo.

También revelaba un exceso de optimismo por parte de los planificadores y asesores de los presidentes sudamericanos, ya que sin siquiera haber conseguido un tratado para el libre tránsito de mercancías se quería formalizar un tratado de integración que trascendiera los existentes Acuerdos de Complementación Económica adoptados en el marco de (ALADI) en este campo. En otras palabras, se quería construir una verdadera Unión Sudamericana en la que el componente económico, si bien importante y vital, fuera solo el primer paso hacia la integración. En las propias palabras del entonces Secretario General de la Comunidad Andina se quería “*un Tratado Marco que vaya mas allá de la integración comercial y en una perspectiva mas amplia que la de un Tratado de Libre Comercio, que profundice la integración comercial,*

*el desarrollo de la infraestructura, la cooperación financiera, la cooperación política y el desarrollo económico y social.”*

Lo que en realidad se necesitaba era un marco Constitucional –como lo fue el Tratado de Roma en la Unión Europea o el Acuerdo de Cartagena en el caso de la Comunidad Andina- para poder construir en base a él un acuerdo político para crear una comunidad de derecho “dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica y de representación internacional, y sobre todo, de poderes reales derivados de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados que la conformarían”. Ese fue el gran paso que se quiso dar en aquella oportunidad para unir ambos bloques subregionales en lo que sería, casi inmediatamente después, la fundación de la Comunidad Sudamericana de Naciones, que tuvo efímera existencia.

Hay que rescatar, sin embargo, que la idea, si bien ambiciosa, tenía el acierto de incluir como primer paso para tan ansiada integración la creación de un mecanismo de solución de controversias, que aunque no lo definía claramente abría, sin embargo, la posibilidad de establecer un tribunal para la nueva comunidad de derecho, si se quería revestir a esta nueva Comunidad con las mismas formalidades como lo fueron los tratados fundacionales de la Unión Europea y de la Comunidad Andina para asegurar, aunque fuera de manera paulatina, la solidez de la convergencia entre ambos grupos subregionales.

Esto requería, entre otros, una cuidadosa lectura de las Constituciones Políticas de los Estados del MERCOSUR, para analizar si les estaba permitida la transferencia de atribuciones que esta creación conllevaría; lo que, obviamente, se traduciría en una limitación en las competencias nacionales. Debieron recordar que muchos países que conforman la Unión Europea hubieron de modificar sus Cartas Fundamentales a fin de adecuarlas al Tratado de Roma, luego de la aprobación, con algunas reservas, de la nueva Constitución Europea con el Tratado de Lisboa.

El siguiente paso del derrotero era institucionalizar órganos con capacidad de adoptar Decisiones Vinculantes, en otras palabras, crear, si es preciso dentro del Tratado Marco, un Consejo –como se le llama en la Unión Europea o una Comisión como se le llama dentro de la Comunidad Andina- para adoptar decisiones vinculantes que fuesen de aplicación directa e inmediata y que tuvieran primacía en su aplicación frente a las legislaciones nacionales. Es decir, la creación de un ente con poderes legislativos, si bien de manera temporal hasta que el proceso de integración avanzara lo suficiente como para contar con un Parlamento Sudamericano que legislara bien conjuntamente con esta nueva “Comisión” o, en un futuro aún más lejano de manera

independiente en materia de derecho comunitario. Sin embargo, este *desideratum* resultaba demasiado ambicioso: bastaba echar una mirada a la Unión Europea, en la que a pesar del tiempo transcurrido su parlamento no puede aún ejercer en plenitud, todas las facultades legislativas que corresponden a una verdadera unión política.

El Proyecto de Tratado Marco pecó pues del optimismo propio de las buenas intenciones que lo animaron. Lo que se necesitaba era más bien que estuviera acompañado de un cronograma, lo suficientemente generoso, para prever el traslado escalonado y parcial de las atribuciones a este Consejo de manera de no causar traumatismos, habida cuenta de las distintas velocidades en los proceso de integración de ambos bloques regionales que estarían dando paso a la creación de esta nueva comunidad de derecho y de otro lado las asimetrías existentes entre los países que los conforman no solo económicas sino en su desarrollo social.

Bien sabían que estos cambios hiperbólicos en las nomenclaturas son propios de la subregión. Debió haberse hecho un cronograma de transferencias bien planificado, con cautela; escogiendo algunos rubros que le dieran inmediata competencia a esta nueva comunidad de derecho y al garante de su legalidad, precisando aquellos que incidieran directamente en la integración física de ambas comunidades subregionales. Por ejemplo, la normativa sobre transporte multimodal de mercancías, teniendo en consideración, especialmente, la situación de los dos países mediterráneos y de menor desarrollo económico: Bolivia y Paraguay; o de aquellos que de alguna manera hubiesen alcanzado un cierto grado de uniformidad en los temas de la Propiedad Intelectual, que en buena medida habían quedado homologados a través del ADPIC, del cual por lo demás son partes todos los países de ambos bloques subregionales; y, finalmente, en la protección del medio ambiente porque todos los países de esa subregión tienen en común ese gran espacio amazónico, verdadero pulmón y fuente de energía y recursos que es necesario preservar para las futuras generaciones lo que resulta vital no solo por ser fuente de recursos, sino por su estrecha vinculación con la calidad de vida para sus habitantes, lo que constituye un factor de cohesión natural de todos los países de América del Sur.

Casi todos estos temas también estaban mencionados, de manera colateral, en el derrotero del entonces Secretario General de la Comunidad Andina cuando señalaba como uno de los puntos fundamentales de la convergencia entre ambos bloques, *“el desarrollo de la infraestructura”*. Se refería, sin lugar a dudas, al proyecto del IIRSA (Iniciativa de Integración Regional Sudamericana) que pretende vertebrar todo el sub continente mediante ejes de integración que incluyen carreteras, hidrovías, y mejoras en los puertos de manera que sean lugares de transito mas que de destino para el desarrollo integral, económico y social de todo el Subcontinente.



En otras palabras, un proyecto de gran envergadura que requiere, como base, una adecuada legislación uniforme en transporte multimodal y en dispositivos complementarios sobre tránsito aduanero para que el libre tránsito de mercancías pueda fluir sin interrupción por todos los espacios intracomunitarios y llegar a destino amparados en un solo documento de transporte. Además, como contrapeso a todo ello, una norma comunitaria para la protección del medio ambiente.

Los tres temas son especialmente sensibles para toda la región sudamericana, por la naturaleza de sus respectivos territorios que si bien los ha incomunicado también les otorga una razón poderosa para desarrollar un proyecto en común, que es, después de todo, la esencia de una integración regional. También lo tiene el tema de la protección de la propiedad intelectual, porque es una región rica en conocimientos tradicionales que es de urgente necesidad proteger para preservar este acervo a las nuevas generaciones y sobre todo para proteger sus patentes y marcas y lograr de suyo, una voz común en la mesa internacional cuando se planteen modificaciones o enmiendas al actual régimen del ADPIC, indisolublemente ligado como está con la creación de la Organización Mundial de Comercio. Y, finalmente la protección al Medio Ambiente que es un mandato de supervivencia no solo regional sino a escala mundial y cuyo tratamiento debería naturalmente contar con el apoyo de la comunidad internacional.

### **UN TRATAMIENTO SEPARADO EN CADA UNA DE LAS COMPETENCIAS**

Conviene referirse por separado a estos tres temas, pues como veremos más adelante, en ellos reside, en mi tesis, el embrión, la esencia misma de una posible reunificación de ambos grupos subregionales y de reforzar la Unión de Naciones Suramericanas o UNASUR donde si bien se ha priorizado su vertiente política por encima de la comercial y económica tampoco se ha descuidado la de la integración física, que es concordante con las dos anteriores.

Los temas, por otro lado, guardan estrecha relación entre ellos y por eso es menester tratarlos, si bien por separado, dentro de un esquema general que permita la cooperación subregional, aunque para ello es indispensable que exista una norma común, interpretada y aplicada de manera uniforme, en todo el vasto territorio de la América del Sur y ello implica, necesariamente, una cooperación entre los jueces nacionales y los comunitarios de ambos grupos regionales. Esto es posible solamente mediante un esquema similar al que actualmente existe en la Unión Europea, en la Comunidad Andina y, con ciertas variantes, en el MERCOSUR, mediante la

institucionalización de ese formidable mecanismo, denominado “la consulta prejudicial” que convierte a los jueces nacionales, de manera automática, en jueces comunitarios, como ha sido desarrollado anteriormente.<sup>7</sup>

Si bien el impulso en esta dirección se imprimió en el Primer Encuentro entre Magistrados del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, del MERCOSUR y de las cortes supremas de los Países de la Comunidad Andina y del MERCOSUR en la ciudad de Arequipa (Perú), el último fue recientemente durante el “VII Encuentro de Magistrados de las cortes supremas del MERCOSUR” y de sus países asociados, realizada en Buenos Aires, el 1 y 2 de septiembre de 2009, donde hubo una doble referencia en esta dirección: una tangencial en la medida que la convocatoria incluía no solo a los Magistrados de las cortes supremas de los Países del MERCOSUR sino también a aquellos de las cortes supremas de los Países de la Comunidad Andina, y a los de Chile, en su condición de “*países asociados*”; e incluso también, como observador, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, pero más importante aún porque por primera vez se planteó la creación de “Una corte suprema del MERCOSUR”.

El mensaje podía también interpretarse como una promoción implícita no solo en la nomenclatura, sino en el fondo mismo del asunto, por el hecho que la convocatoria no solo se refería al actual Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, que es de alguna manera una cierta aproximación a lo que podría llegar a ser una “Corte Suprema del MERCOSUR” – tal vez similar al caso del Tribunal Andino-, sino que en la convocatoria se incluía a los Magistrados de los organismos jurisdiccionales de aquellos países que pertenecen a ambos grupos subregionales. En otras palabras, solo faltaban los magistrados de Guyana y de Surinam para incluir una representación de todos los magistrados de la UNASUR.

Este nuevo impulso encarna una esperanza y lleva a pensar que se daba un paso más en el acercamiento entre los dos bloques regionales, teniendo como hilo conductor de su futura integración, un mecanismo de cooperación real entre sus respectivos tribunales en determinados asuntos, que fueran susceptibles de ser armonizados bajo una normativa común y que tuviera una interpretación uniforme en su aplicación en todos los países de ambos grupos regionales. Una interpretación, por cierto, que tendría que ser vinculante para asegurar la “certeza jurídica”, lo que aparte de ser una garantía en la aplicación de las normas comunes, redundaría además en aligerar los procesos en esas competencias del derecho comercial internacional y en el de la protección del medio ambiente.

También, eliminaría de suyo la reducción de costos al evitar lo que comúnmente lo se llama en el derecho anglosajón “*forum shopping*” o “*Conflicto de Leyes*” y que en nuestra América conocemos como derecho internacional privado, sino que además serviría de catalizador para adoptar una posición común de todos los países de la subregión en la mesa internacional donde se discuten y se adoptan las normas internacionales, especialmente en estas materias, en un mundo cada vez más interdependiente.

## **LA CONSULTA PREJUDICIAL COMO CATALIZADOR DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL**

El mecanismo de la Consulta Prejudicial, reconocido como la pieza clave en la construcción de la Unión Europea, también se convertiría en este caso como el verdadero garante de la legalidad de la integración subregional al garantizar la interpretación uniforme de las normas que sustentan la protección de los ciudadanos en estos temas tan sensibles para la integración física y además fortalecería la coordinación y el rico intercambio entre las jurisdicciones nacionales y las comunitarias.<sup>8</sup> Tal vez, en un futuro cercano, podría extenderse a todo el ámbito latinoamericano por lo menos en los temas antes sugeridos.

En mi tesis es solo mediante la implementación de este mecanismo, partiendo de temas específicos, que podrían sentarse las bases para la creación de un Tribunal de Justicia para la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) con la cooperación de las instituciones existentes en ambos esquemas de integración.

El planteamiento exige una exégesis de los existentes mecanismos de las opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur y también del de la Corte Centroamericana de Justicia para contrastarlos y auscultar si sería posible un primer acercamiento en esta dirección.

## **LAS OPINIONES CONSULTIVAS ANTE EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN (TPR) DEL MERCOSUR**

Jurídicamente, una *opinión consultiva* es la respuesta que da lugar a una pregunta de carácter jurídico, sin que sea vinculante ni obligatoria. En consecuencia, lo que finalmente ha quedado establecido en la normativa del MERCOSUR es un

procedimiento, no de interpretación prejudicial sino de opinión consultiva, que no es precisamente de recibo en el derecho de integración.<sup>9</sup>

En efecto, de acuerdo con la normativa actual del MERCOSUR, siempre que hubiere duda acerca del alcance de la interpretación jurídica de una normativa mercosureña, tienen legitimación para solicitar opiniones consultivas<sup>10</sup>: a) todos los Estados Partes del MERCOSUR conjuntamente (se exige unanimidad); b) los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR: el Consejo Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC) o la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM); y, c) los tribunales superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional.

En tal sentido, pueden solicitar opiniones consultivas al TPR, sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, las decisiones del CMC, las resoluciones del GMC y las directivas de la CCM.

Respecto a las opiniones consultivas solicitadas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con jurisdicción nacional, las mismas tendrían que referirse exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR antes mencionada, siempre que se vinculen con causas que estén en trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante. Por lo tanto, debe entenderse que, por su generalidad, se ha querido que se comprenda a todos los niveles de ese Poder. Sin embargo, hasta el momento sólo se han dado tres opiniones consultivas ante el TPR.<sup>11</sup>

Para emitir una opinión consultiva, el TPR debe estar integrado por todos sus miembros y debe materializarla por escrito dentro de un plazo de cuarenta y cinco días. Las opiniones en disidencia, deben ser fundamentadas y se deben basar en el artículo 34 del Protocolo de Olivos. La opinión consultiva no es vinculante a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del Protocolo de Olivos y 2 a 13 del Reglamento.

El mecanismo de las opiniones consultivas, pese a ser restrictivo, si las partes así lo establecen, puede también llegar a ser considerado como un medio idóneo de prevenir controversias, fijando criterios interpretativos de la normativa MERCOSUR, orientando en tal sentido la conducta de las partes.<sup>12</sup> Sin embargo, no se ha regulado la posibilidad de declarar a un Estado obligado por una opinión consultiva; ni tampoco que los particulares pudieran activar este mecanismo consultivo. Ha primado el criterio del estricto control colectivo en que anida la intergubernamentalidad del régimen mercosureño.

## **LA CONSULTA PREJUDICIAL ANTE LA CORTE CENTROAMERICANA DE JUSTICIA**

La Consulta Prejudicial que establece la colaboración entre la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) y los jueces o tribunales nacionales, está prevista en el literal k) del artículo 22 del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia y en lo regulado en el Capítulo III de la Ordenanza de Procedimientos de la Corte que establece en el literal k) del artículo 22: *“k) Resolver toda consulta prejudicial requerida por todo juez o Tribunal Judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Sistema de la Integración Centroamericana, creado por el Protocolo de Tegucigalpa, sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo”*.<sup>13</sup>

La norma contempla dos presupuestos de consulta prejudicial: a) el de la interpretación de la norma; y, b) el de la validez en la aplicación de la norma. Es no solo una garantía de uniformidad en la interpretación, sino también un control de legalidad del ordenamiento comunitario centroamericano.<sup>14</sup> Así, todo juez nacional es juez comunitario y, por ende, le corresponde aplicar la normativa regional, en casos relacionados con todas las materias y políticas de integración reguladas en el ordenamiento comunitario, entre ellas las civiles, mercantiles, administrativas, laborales e incluso las de carácter penal.<sup>15</sup>

Es criterio común en los ordenamientos jurídicos andino, europeo y centroamericano, que por medio del procedimiento de interpretación o de consulta prejudicial, se logre la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario por los Jueces nacionales de los diferentes Estados que forman dicha comunidad.

La legislación centroamericana, no siguió a la andina ni a la europea en cuanto a la obligatoriedad de la consulta por el juez nacional. La andina, al igual que la europea, no obliga a efectuar la consulta cuando existe la posibilidad de un ulterior recurso; sin embargo, la consulta se vuelve obligatoria cuando la sentencia es de última instancia y no admite recurso. Hay por ello similitud de propósito en las legislaciones, en cuanto a propender a la aplicación uniforme del derecho comunitario por los tribunales nacionales, pero, en el caso de la legislación centroamericana, no existe norma preceptiva que obligue al juez nacional a solicitar la consulta.<sup>16</sup>

## LA UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS: UNASUR

La Comunidad Sudamericana de Naciones había nacido el 8 de Diciembre de 2004 en la ciudad del Cusco en Perú en el marco de la III Cumbre Presidencial Andina. La fecha no podía ser más simbólica toda vez que en ella se conmemora la Batalla de Ayacucho en el año 1824 que puso fin a la dominación española y selló la formal y verdadera independencia del Perú que si bien había sido declarada el 28 de Julio de 1821 no fue sino con la Capitulación de Ayacucho firmada por el último Virrey del Perú que quedaba consolidada la independencia de toda la América del Sur.

Durante una Conferencia dictada en el marco de una convocatoria promovida por el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III dentro una convocatoria titulada “Los Sistemas Latinoamericanos de Integración Regional” Madrid, febrero de 2005<sup>17</sup>, me preguntaba si era posible reconciliar las diferencias que existen en la actualidad de los procesos de integración del MERCOSUR y de la CAN para poder establecer un mecanismo de cooperación entre el Tribunal Permanente de Revisión y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, respectivamente, para lograr una interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario.

La respuesta se me apareció como positiva, por cuanto los hechos ofrecían evidencia suficiente de que había renacido la vocación primigenia de la integración de América Latina bajo el liderazgo del Presidente de Brasil Luis Ignacio Lula Da Silva. En aquella oportunidad el Presidente había saludado la instauración de una “*nueva fase*” en el proceso de integración cuando avaló elocuentemente con su presencia la inauguración del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, en Asunción. Por esa misma fecha el Secretario General de la Comunidad Andina había lanzado la iniciativa para la construcción de un Espacio Económico Sudamericano y había propuesto en tal sentido un Tratado Marco entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR, no obstante que era consciente de las profundas diferencias entre ambos subgrupos regionales pero estaba siempre atento al mandato histórico de la integración regional.

La histórica implantación del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, en palabras del juez brasileiro Joan Grandino Rodas, en la ceremonia de clausura de las jornadas sobre la “Contribución al Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR,” al que se ha hecho referencia había definido la histórica implantación del Tribunal Permanente de Revisión como el “cruce del Rubicón”, el paso del no retorno, en el camino hacia la profundización de la Integración. De manera más directa también lo expresó el entonces Canciller de Bolivia, Luis Ignacio Siles, en la misma ceremonia cuando lanzó públicamente en ese

histórico momento, la idea de un Tribunal de Justicia para todo el Espacio Sudamericano.

Había, en ese entonces, y subsisten ciertamente, problemas para construir una comunidad de derecho, basada en dos subgrupos que tienen grandes asimetrías y que serían por ello, reticentes para dar un salto cualitativo de la intergubernamentalidad a la supranacionalidad, y también es conocido que para llegar a un Acuerdo de la naturaleza propuesta, con los antecedentes señalados, los países y los subgrupos deben enfrentarse a este dilema con los operadores económicos y compulsar las ventajas frente a las desventajas y la distribución de los beneficios.

En el caso del MERCOSUR esos son los temas que se tomaron en cuenta en el análisis constitucional, con especial referencia al mecanismo de solución de controversias tan íntimamente ligados a ellos. Para el caso del Brasil existía demasiada brecha entre los costos y las ventajas ligadas a su liderazgo en la región y la ausencia de un balance de gastos, gestionado conjuntamente por los países miembros, para financiar las políticas compensatorias; por eso el autor Gabriele Orcalli ha concluido que la mala calidad constitucional del MERCOSUR ha sido una de las causas de su fracaso.<sup>18</sup>

Sin embargo, a pesar que el Tratado de Asunción que creó el MERCOSUR establecía que la integración debía incluir las “cuatro libertades”, típicas del modelo europeo, en realidad solo se ha logrado implementar, parcialmente, una de ellas que es la de comercializar bienes, todavía es posible el acercamiento de la Comunidad Andina y del MERCOSUR, al menos en el tratamiento de determinados aspectos, como lo he enunciado anteriormente.

El derrotero a seguirse es, nuevamente, el del que siguió lo que es ahora Europa cuando acercó a los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) con los de la Unión Europea, para establecer un mecanismo de cooperación en la solución de controversias entre ellos y crearon para tal fin un Tribunal Mixto con participación de jueces tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal del Espacio Económico Europeo.

Ese esquema es de alguna manera similar al que corresponde a una integración sudamericana en la medida que se trata de grupos de integración subregional de un área geográfica determinada, pero con distintas velocidades en su proceso de integración. Sin embargo el caso de Europa se diferencia del de Sudamérica en la

medida que ha tenido una relación inversa en el proceso de adhesión por los diferentes países del Espacio Europeo.

Como es sabido, en un comienzo la gran mayoría de los países europeos que actualmente conforman la Unión Europea (UE) pertenecían a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). La entonces Comunidad Europea tenía un sistema que propendía a la profundización de la integración con un Tribunal Permanente mientras que la AELC reunía a los países europeos que optaban por una integración basada en el libre tránsito de mercancías, y servicios; es decir, por un Tratado de Libre Comercio.

Como es fácil apreciar, la Comunidad Andina seguía el modelo de la Comunidad Europea, mientras que el MERCOSUR seguía el de la AELC. Los países de la Comunidad Andina y Chile se incorporaron como miembros asociados del MERCOSUR. En Europa sucedió lo contrario: los países que pertenecían a AELC que tenía una base intergubernamental fueron abandonando este esquema para integrarse a la Comunidad Europea, y como consecuencia de estas sucesivas adhesiones en la actualidad solo permanecen como asociados a la AELC Islandia, Liechtenstein, Noruega, y Suiza.

Como es sabido, desde 1973 las relaciones comerciales entre los países de la UE y los países de la AELC se rigen por Acuerdos bilaterales de libre comercio. En 1989 se entablaron negociaciones entre ellos a fin de concluir un Acuerdo entre la entonces Comunidad Europea con los países de la AELC para la creación del Espacio Económico Europeo. Similar había sido el ejercicio emprendido por la Comunidad Andina y el MERCOSUR a fin de lograr el tan ansiado Espacio Económico Sudamericano. En este último caso, como en el europeo, los países de ambos bloques tenían [por ello] suscritos Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica de Libre Comercio, (ACE) bajo el marco de la ALADI, para la libre circulación de mercancías.

El Acuerdo entre la entonces Comunidad Europea y la AELC creaba un Espacio para todos los territorios de la Comunidad de la Asociación Europea de Libre Comercio, un espacio dinámico y homogéneo, basado en normas comunes y en condiciones de competencia iguales, con sus propios medios jurisdiccionales. Preveía, además, la creación de una Corte o Tribunal del Espacio Económico Europeo con participación de ambos grupos regionales, con un Juzgado de Primera Instancia, el cual estaría conformado por tres jueces nominados por los países del AELC y dos jueces del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y un Tribunal Permanente conformado por cinco jueces, tres del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y dos nominados por los países del AELC. Dicho Tribunal aplicaría al Espacio Económico



Europeo el derecho comunitario que se generara en los ámbitos contemplados en la Unión Europea a medida que se crearan o modificaran, y de esa manera garantizar, a través de disposiciones literalmente idénticas a las normas del derecho comunitario europeo, su aplicación uniforme en todo el continente.

Sin embargo, como es sabido, la Unión Europea es un acuerdo de integración que propugna no solo un libre movimiento de personas, mercaderías y servicios sino que constituye un acuerdo político, que crea una comunidad de derecho, “dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad”<sup>19</sup> con un ordenamiento jurídico propio, con unidad monetaria propia y desde hace poco con una Constitución propia que los acerca más a una federación de Estados independientes, mientras que la AELC es solamente un acuerdo para la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales con disposiciones comunes sobre el derecho de la competencia.

El asunto fue referido a la opinión de la comisión, de los gobiernos que conforman la entonces Comunidad Europea, el Parlamento Europeo y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La opinión del tribunal está contenida en los dictámenes 1/91 del 14 de Diciembre de 1991<sup>20</sup> y en el 1/92 del 10 de Abril de 1992.<sup>21</sup>

En la primera de dichas opiniones el TJUE se limitó a examinar la compatibilidad del sistema jurisdiccional propuesto. Señaló en dicha oportunidad que “el objetivo de homogeneidad en la interpretación y aplicación del derecho en el Espacio EE choca con las divergencias existentes entre los fines y el contexto del Proyecto de Acuerdo, entre la Asociación Europea de Libre Comercio por un lado y los del derecho comunitario, por otro”. Añadió que “el hecho de que el tenor de las disposiciones del Acuerdo sea idéntico al de las normas comunitarias correspondientes no significa necesariamente que hayan de ser interpretadas de manera idéntica” y concluyó que “un Tratado Internacional no ha de interpretarse exclusivamente en función de los términos en que está redactado, sino también a la luz de sus objetivos” y, como es evidente, una integración como la de la Unión Europea tiene objetivos que van más allá de los perseguidos en el Acuerdo, ya que los objetivos de la Unión Europea es “alcanzar una integración económica que desemboque en el establecimiento de un mercado interior y de una unión económica y monetaria” mientras que los tratados de Libre Comercio contienen una finalidad en sí mismos.

El TJUE declaró, en consecuencia, que el sistema de control jurisdiccional que el Acuerdo pretendía establecer era incompatible con el Tratado Constitutivo de la Unión Europea pero dejó abierta la posibilidad que un Acuerdo internacional que contemplara un sistema jurisdiccional dotado de un Tribunal competente para interpretar sus disposiciones, no era en principio, incompatible con el derecho de la Unión Europea.

Como consecuencia de este Dictamen, la Comisión renegó el proyecto de Acuerdo con la AELC. Se propuso la conformación de una Comisión Mixta que examinase de manera permanente el desarrollo de la jurisprudencia de ambos tribunales de modo que se pudiera garantizar la interpretación homogénea del Acuerdo.

El nuevo Proyecto ya no creaba un Tribunal del Espacio Económico Europeo. El Tribunal de la AELC sólo sería competente en el ámbito de la propia Asociación y no tendría vínculos personales y funcionales con el TJUE. El Acuerdo previó dos procedimientos: uno para garantizar la interpretación homogénea del Acuerdo y otro tendiente a resolver las controversias entre las Partes Contratantes donde se podía pedir al TJUE que se pronunciara sobre la interpretación de las normas pertinentes. Asimismo los Estados de la AELC podían autorizar a sus órganos jurisdiccionales a solicitar al TJUE a que dictara resolución sobre alguna disposición del Acuerdo. En consecuencia, el TJUE emitió su Dictamen en el sentido que el nuevo Acuerdo de la AELC era compatible con el Tratado constitutivo de la CEE.

Las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como las del Tribunal Andino sólo pueden ser modificadas a través del procedimiento previsto en sus respectivos tratados constitutivos; ello no obstante, un eventual acuerdo internacional celebrado por los países que conforman la Comunidad Andina pueden conferirle nuevas competencias al Tribunal Andino, a condición de que dicha atribución no desvirtúe la función del Tribunal de Justicia tal y conforme ha sido concebida en su Tratado de Creación. Podría, en consecuencia seguirse el mismo tratamiento en el caso de ambos grupos subregionales para preparar las bases para un futuro Tribunal de la UNASUR que funcionara sólo en competencias específicas y mediante un mecanismo similar al de las Consultas Prejudiciales.

El antecedente de éstas dos opiniones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es una buena base para auscultar la posibilidad de establecer un mecanismo de cooperación entre el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR y el Tribunal Andino habida cuenta que en el caso de América del Sur, a diferencia de Europa, los dos bloques sudamericanos, no obstante que sus respectivos procesos de

integración marchan a distintas velocidades, tienen la misma finalidad de lograr una integración no solo económica sino fundamentalmente política para lograr una verdadera comunidad de derecho.

### **LA CREACIÓN DEL COMITÉ JURÍDICO MIXTO.**

Aceptada esta premisa fundamental, que ha quedado corroborada no solo por los discursos y las buenas intenciones, sino por hechos que son confirmatorios de la voluntad de ambos grupos regionales, creo que es posible la creación de un mecanismo de cooperación, similar al que existe en Europa, que pueda ser considerado como el del Espacio Económico Suramericano, a través de un mecanismo de cooperación entre el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con delegados de Surinam y la Guyana.

Este mecanismo tendría, en una primera etapa, naturaleza intergubernamental y consultiva pero con miras a lograr la uniformidad en la aplicación e interpretación en temas específicos y que sentara las bases para la creación del Tribunal de Justicia de la UNASUR.

Un primer paso hacia esa Cooperación podría quedar materializado con la conformación de un Comité Jurídico Mixto CAN-MERCOSUR representado por Magistrados del Tribunal Andino, del Tribunal Permanente de Revisión y de Surinam y de Guyana, para que examinen de manera permanente el desarrollo de la jurisprudencia de ambos tribunales, a fin de garantizar, en lo posible, una interpretación homogénea de los Acuerdos de Libre Comercio celebrados bajo el Acuerdo de Complementación Económica N° 59 entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR. Este Comité Mixto debería sesionar en forma alterna en la sede de la Secretaría Técnica del MERCOSUR (Montevideo) y en la sede de la Secretaría General de la Comunidad Andina (Lima), donde se le debería brindar el apoyo y las facilidades para su labor, actuando como Secretarías pro-tempore las Secretarías de ambos Grupos Regionales.

Este Comité tendría por objeto, además, establecer las bases para la profundización de la cooperación entre ambos tribunales con el fin de crear, en su momento, un Tribunal independiente de la UNASUR con competencias específicas y exclusivas para la interpretación y aplicación uniforme de: (a) El Acuerdo de Complementación Económica entre CAN-MERCOSUR; (b) Las disposiciones comunes sobre la legislación secundaria armonizada en ambos bloques en materia de Propiedad Intelectual; (c) La legislación en materia de transporte multimodal que

hayan sido identificadas por la Comisión Administradora, de acuerdo con lo dispuesto en el Título XVIII del Acuerdo de Complementación Económica CAN-MERCOSUR; y, finalmente (d) La legislación armonizada sobre Protección del Medio Ambiente.

El Comité Mixto prepararía los proyectos de Acuerdo de Complementación Económica a fin de garantizar que los textos sean idénticos así como el proyecto de Reglamento para el funcionamiento del Tribunal Permanente del Espacio Económico Sudamericano.

Dos de estos temas fueron sugeridos en anterior oportunidad.<sup>22</sup> En aquella vez sugerí que tomando en consideración todo el bagaje normativo que se había creado, no sería difícil armonizar las legislaciones vigentes en ambos grupos subregionales en materias específicas que ya han sido objeto de normas comunitarias tales como, la normativa sobre Propiedad Intelectual, basada en el ADPIC de la OMC y las normas sobre Transporte Multimodal, vigentes en la región, tomando en consideración los avances del proyecto IIRSA. Todo lo cual ha sido recogido luego, en el Acuerdo de Complementación Económica N° 59 entre CAN-MERCOSUR, por lo que no habría mayor problema en incluir en el mismo a Guyana y Surinam.

Estos tres elementos, que tienen prioridad en la agenda comercial, sumados a los tratados de libre comercio celebrados como Acuerdos de Alcance Parcial de Complementación Económica en el marco de la ALADI, constituirían un bloque que permitiría avanzar en el largo proceso de integración que ya existe en América del Sur y le darían forma y contenido a un Espacio Económico Sudamericano al estar dotado de un mecanismo que aseguraría la interpretación uniforme, en todo el territorio Sudamericano, de una normativa que iría contribuyendo a la profundización del proceso de integración sudamericano.

Una vez identificadas las competencias y efectuadas las atribuciones mediante los instrumentos jurídicos correspondientes el Tribunal, que bien podría llamarse “El Tribunal del Espacio Económico Sudamericano” o mejor aún “El Tribunal de la UNASUR” podría funcionar de manera alterna, en Asunción y en Quito, con 10 Magistrados, los 4 del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR y los 4 del Tribunal Andino, más cuatro jueces de Chile, Venezuela, Guyana y Surinam cuando el Tribunal sesionara en pleno, pero podría – y sería lo más aconsejable – funcionar con dos salas de 6 magistrados cada una compuestas, por sorteo, entre todos los magistrados de ambos tribunales y los de Guyana y Surinam y podrían sesionar alternativamente en la sede del TPR en Asunción y del TJCA cuando sesionen en Quito.

En una primera etapa, este Tribunal tendría como única y exclusiva competencia la de emitir dictámenes consultivos o interpretaciones prejudiciales a solicitud de los tribunales arbitrales y de los organismos jurisdiccionales nacionales de todos los países que conforman ambos bloques, exclusivamente sobre la interpretación de los eventuales Acuerdos de Complementación Económica, que contengan los temas mencionados anteriormente, a fin de asegurar su aplicación uniforme en todo el territorio sudamericano.

Ello implicaría determinadas modificaciones tanto en la normativa de la Comunidad Andina como en la del MERCOSUR, pero aseguraría una transición pacífica de un sistema originalmente concebido para una integración económica y comercial a una más profunda, cultural, social, económica pero sobre todo política.

La UNASUR, como fue el caso de la Comunidad Sudamericana de Naciones, nació sin un garante de su legalidad y sin un organismo que tuviera capacidad de adoptar decisiones vinculantes. Apareció en el firmamento sudamericano como continuador universal de la Comunidad Sudamericana de Naciones que tuvo vida breve. En un viaje de ida y vuelta existe ahora, además de la Declaración Política del Cusco, del 8 de diciembre de 2004 que extendió la partida de nacimiento de la Comunidad Sudamericana de Naciones, un ente conformado por ambos grupos regionales aun cuando sus miembros tienen, todavía, status diferentes ya que los países que lo integran si bien son recíprocamente miembros asociados de ambos no son miembros plenos; sin embargo es un paso importante que confirma la voluntad política de la integración sudamericana y que incluye además a Surinam y Guyana.

Al respecto, cabe señalar que mediante Decisión 613, de 07 de julio de 2005, se otorgó la condición de Miembro Asociado a la República de la Argentina, la República Federativa de Brasil, la República de Paraguay y la República Oriental del Uruguay, Estados Partes del MERCOSUR, toda vez que el MERCOSUR había otorgado la calidad de Estado Asociado a los Países Miembros de la Comunidad Andina.

La Armonización parcial de los sistemas de solución de controversias del MERCOSUR y de la CAN.

Como ha sido dicho la creación del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR con el Protocolo de Olivos fue el primer paso y acaso el más firme en la profundización del proceso de integración de dicho grupo regional, aún cuando fue

fruto de una transacción y no contiene, por eso, las características de que gozan tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Andino.

El Tribunal del MERCOSUR es un mecanismo alternativo en la solución de controversias, ya que el instrumento jurídico que lo crea permite que el asunto materia de la controversia pueda ser también ventilado en el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del MERCOSUR, con la salvedad que una vez elegida la opción dentro de la alternativa ésta se convierte en obligatoria.

Pero el Protocolo de Olivos creó, además, la institución de las Opiniones Consultivas del Tribunal Permanente de Revisión, que se asemejan a las interpretaciones prejudiciales tanto del Tribunal Europeo como el del Andino, y otorgó mandato al Consejo del Mercado Común para que definiera su alcance y sus procedimientos. Esta es otra creación que acerca aún más la posibilidad de cooperación entre el Tribunal del MERCOSUR y del Andino y fortalece el proceso de integración en la medida que un sistema de Opiniones Consultivas, -bien estructurado- puede garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario no solo en todo el territorio del MERCOSUR sino propiciar un acercamiento real entre ambos tribunales para asegurar una interpretación uniforme en todo el Espacio Económico Sudamericano, aunque bien es cierto, en limitadas competencias.

El Tribunal Permanente de Revisión actúa como un verdadero tribunal de casación en el caso de la revisión de los laudos librados por los tribunales arbitrales ad-hoc, y como un tribunal ordinario permanente de última instancia, cuando las partes acuerdan voluntariamente someter la solución de sus diferencias directamente a dicho tribunal. En este caso tiene las mismas competencias que los tribunales arbitrales ad-hoc. Hay que señalar, sin embargo, que en este último caso los laudos dictados en base a los principios *ex aequo et bono* no son susceptibles de un recurso de revisión ante el Tribunal Permanente de Revisión.

Como es bien sabido, lo que caracteriza un verdadero proceso de integración social, económico y político y tomando como paradigma el proceso de la Unión Europea, que la Comunidad Andina sigue de cerca, se pueden señalar los siguientes elementos: (a) un tratado de integración que cree un ente supranacional, al menos parcialmente, con una cronología para ir incorporando, en un proceso paulatino, no solo aspectos económicos sino sociales y políticos, con un garante de la legalidad del proceso mismo; (b) una transferencia ordenada y puntual de competencias a esta comunidad de derecho con la creación de un nuevo derecho supranacional; y, (c) la

creación de un ente legislativo y de una agencia ejecutiva, independientes entre sí y de los países que conforman el acuerdo de integración.

En buena cuenta, son los mismos que pergeñara el entonces Secretario General de la Comunidad Andina en la mencionada ayuda memoria, con la única diferencia que el garante de la legalidad, es decir el Tribunal de Justicia de la ex Comunidad Sudamericana de Naciones y hoy Unión Sudamericana debió haber sido creado en el momento mismo de la creación como garante de la legalidad del tratado que le extendía su partida de nacimiento.

Si bien es entendible, que en un comienzo este acuerdo este limitado exclusivamente a aspectos económicos, ello no desvirtúa sino que más bien refuerza la voluntad de integración que necesariamente debe hacerse de manera paulatina pero siempre teniendo en cuenta la agenda social *“que es la de la lucha contra la pobreza, la exclusión y la desigualdad”* como lo anunciara el entonces Secretario General de la Comunidad Andina.<sup>23</sup>

Como ha sido antes referido esta iniciativa tuvo acogida por parte del Tribunal Andino, para acercar a ambos grupos regionales y de hecho estableció un mecanismo informal de cooperación entre los actuales tribunales del MERCOSUR y de la CAN y las cortes supremas de los Países de ambos subgrupos regionales en las ciudades de Lima y Arequipa, del 12 al 15 de octubre del 2005 y que consta en la llamada “Declaración de Arequipa”. En dicha oportunidad tanto los miembros del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como los del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, resaltaron la necesidad de constituir un Foro Permanente de Diálogo sobre temas relacionados con la integración latinoamericana y lo dieron por constituido el 14 de octubre de 2005.<sup>24</sup>

Es indispensable, sin embargo, desde un comienzo, que este nuevo Tribunal tuviese no solo capacidad para emitir opiniones vinculantes en las materias sugeridas, lo que podría empezar casi de inmediato, sino que, eventualmente podría convertirse en el intérprete natural del tratado que ha creado la UNASUR y en los temas específicos mencionados que se ventilen ante los tribunales nacionales de los países que conforman esta nueva comunidad de derecho en las competencias que se le deleguen, para empezar, en los temas sugeridos.

Una vez armonizadas las legislaciones en los temas de integración física, deberían ser aprobadas mediante tratados que incluyan una provisión que asegure la aplicación inmediata de sus normas. Tendrían así prioridad sobre cualquier otra

norma interna de los países que conforman esta nueva Comunidad y la uniformidad en la interpretación sería asegurada mediante el mecanismo de la consulta prejudicial que harían los jueces nacionales a este nuevo Tribunal.

Sin embargo, el mecanismo de la Consulta Prejudicial, en los temas específicos señalados, tendría que ser obligatoria y vinculante; de lo contrario no tendría sentido ni siquiera incluir el tema para una discusión seria. Es más, si no fuera vinculante ni obligatoria, en lugar de armonizar la interpretación, no haría sino aportar dilación en la tramitación de los procesos y, más peligroso aún, podría sembrar confusión e incertidumbre.

## **LOS TEMAS ESPECÍFICOS:**

### **1. El Transporte Multimodal de Mercancías**

Como es sabido, el transporte multimodal de mercancías consiste en un régimen uniforme para cubrir un transporte denominado “puerta a puerta”, cuando en él se incluyen tramos que obedecen a distintos modos de transporte. En la actualidad se ha alcanzado un alto grado de uniformidad en la normativa que regula este transporte, tanto de los países que conforman la Comunidad Andina como aquellos del MERCOSUR. En el primer caso, merced a las Decisiones 331 y 393 y en el caso del MERCOSUR por las normas adoptadas bajo los auspicios de la Asociación Latinoamericana de Integración ALADI, en la Conferencia de Ministros de Transportes de América del Sur.

Este es un punto muy sensible en la agenda de integración de los países de América del Sur reunidos bajo la UNASUR, por la prioridad que han dado sus gobiernos a la Iniciativa de Integración Regional Sudamericana (IIRSA) y, por cierto, en los proyectos de interconexión y de integración de las cuencas del Amazonas, Orinoco, Paraná y del Río de la Plata. Además, casi todos los países sudamericanos han seguido, con pequeñas variantes, el sistema de transporte multimodal internacional, reproduciendo las líneas maestras del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal, 1980. Este convenio, que es la base de la actual legislación vigente en todo el Espacio Económico Sudamericano, está ahora en vías de ser sustituido por el reciente Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte de Mercaderías, total o parcialmente por Mar, adoptado el 11 de Diciembre de 2008, más conocido como las “Reglas de Róterdam” por haber sido la ciudad donde el Convenio quedó abierto para su firma, ratificación, o en su caso, adhesión pero, sobre todo, para diferenciarlo de los otros convenios sobre la misma materia, conocidos como las



“Reglas de la Haya” (1924), “Reglas de la Haya/Visby” (1968) y “Reglas de Hamburgo” (1978).<sup>25</sup>

Como se sabe, el tema del transporte multimodal es especialmente sensible dentro del marco de profundización de los esquemas subregionales en América del Sur como elemento aglutinante de la integración física a la que se le ha dado una alta prioridad.

El nuevo convenio entrará en vigor cuando por lo menos 20 Estados lo ratifiquen o se adhieran a él y obliga a los Estados a denunciar los otros tratados a los que hayan accedido sobre dicha materia. De adoptarse, se convertiría en el estatuto del transporte internacional de mercaderías no sólo por mar sino también por transporte multimodal, lo que evidentemente tendría implicancias con la legislación comunitaria vigente en la Comunidad Andina y en el MERCOSUR, en lo que respecta al transporte multimodal de mercancías. La ceremonia de la firma del tratado tuvo lugar el 23 de Setiembre de 2009 y ningún país sudamericano lo hizo, reservando así su derecho para hacer una exégesis más profunda del mismo y para analizar sus implicancias con las normas de sus respectivos tratados de integración subregional.<sup>26</sup>

El nuevo convenio de las Naciones Unidas es ambicioso y, sin duda, un proyecto ideal, ya que en el caso de lograr que tenga una aceptación generalizada en todo el contexto internacional, simplificaría enormemente la documentación y unificaría todo el régimen legal del transporte internacional de mercaderías cuando hay un tramo marítimo y ello se traduciría en un beneficio tangible para el comercio exterior con una significativa reducción de costos; pero ello es poco menos que irrealizable por ser demasiado reglamentario y, además, porque contiene gruesos defectos como lo han señalado prestigiosos profesionales en la materia.<sup>27</sup>

De adoptarse, en lugar de promover la tan ansiada uniformidad, tendría el efecto perverso de contribuir a ensanchar el caos existente y crear mayor confusión que certeza ya que dicho proyecto de uniformidad parece, al menos por el momento, inalcanzable. Más bien trasluce que la verdadera intención hubiera sido paralizar el proceso de ratificación de las “Reglas de Hamburgo” y del Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal de Mercancías 1980, con el agravante de añadir un nuevo sistema de responsabilidad a los ya existentes.

Es probable que el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal 1980 no llegue a entrar en vigor por las duras condiciones que le impusieron al momento de su adopción, sin embargo, constituye actualmente la base

de la estructura legislativa de la Comunidad Andina, que no solo es vinculante sino que tiene aplicación prioritaria, sobre cualquier otro tipo de norma y además guarda una estrecha relación con los acuerdos adoptados por los Ministros de Transportes de América del Sur, que son un referente obligatorio para armonizar la legislación sudamericana a la luz del proyecto de IIRSA.

Conviene recordar que la Comunidad Andina luego de adoptar la Decisión 331 sobre Transporte Multimodal, - que seguía el antiguo sistema de responsabilidad contemplado en las Reglas Haya/Visby y las Reglas UNCTAD/CCI sobre Transporte Multimodal - tomó en consideración el hecho que los países del MERCOSUR venían trabajando en un proyecto de normativa que seguía más bien los lineamientos generales del Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal 1980, y en consecuencia decidió modificar su propia normativa y promulgó la Decisión 393 para armonizar su legislación con la seguida por los países del MERCOSUR, con el fin de propender a la uniformidad.

Tenía también en consideración el proyecto de convenio de los Ministros de Transporte de América del Sur que había sido preparado por la Secretaría de la ALADI de acuerdo con las líneas maestras de dicho Convenio.<sup>28</sup>

Actualmente pues existe una legislación muy avanzada en esta materia tanto en la Comunidad Andina, en base a las citadas decisiones, como en los países del MERCOSUR que son signatarios del Acuerdo de Alcance Parcial para el Transporte Multimodal de Mercancías aprobado el 27 de Abril de 1995, aunque la vigencia de este Acuerdo, para el caso del Uruguay, fue suspendida por su Tribunal Contencioso Administrativo lo que impidió su entrada en vigor en dicho país, lo que, además, podría estar bloqueando la implementación de un acuerdo que fuera adoptado por el consenso de todos los países de América del Sur.

La República Federativa del Brasil, lo implementó por Decreto 15673/1995 de 19 de Julio y Paraguay por Decreto 16927/1997 de 16 de Abril; la Argentina por su lado promulgó la ley 24921 publicada en el Boletín Oficial de 12 de Enero de 1998 y Brasil, además, promulgó la Ley 9.61 de 19 de febrero de 1998 en tal sentido. Además de estas normas nacionales, existe también el Acuerdo de ALADI aprobado en la III Reunión ordinaria de Ministros de Transportes, Obras Públicas y Comunicaciones de América del Sur que no ha entrado en vigor al haber sido solamente suscrito por Bolivia, el Perú y Venezuela.

Las diferencias entre las Reglas de Hamburgo y el Convenio de Transporte Multimodal 1980, ambos auspiciados por la UNCTAD, con las antiguas Reglas de La Haya, ampliatorias y modificatorias, auspiciadas por el Comité Maritime International (CMI) nunca se pudieron reconciliarse y fue lo que dio origen a las “Reglas de Róterdam”.

Erraron sin embargo, en mi concepto, en ponerle condiciones demasiado blandas para su entrada en vigor, al requerir solo la ratificación o adhesión de 20 países, con lo que, lejos de lograr la tan ansiada y pregonada uniformidad internacional, solo contribuirían – o están en vías de hacerlo desde que aún no han entrado en vigor -a crear mayor confusión e incertidumbre. La comunidad internacional debió haberle impuesto, cuando menos, las mismas condiciones para su entrada en vigor que al Convenio de las Naciones Unidas sobre Condiciones para la Inscripción de Buques; es decir que la adoptaran, cuando menos, 40 países que representaran, al menos, el 25% del tonelaje mundial.<sup>29</sup> Sin embargo, las Reglas de Rotterdam aprobadas y firmadas el 23 de Setiembre de 2009 todavía arrojan una luz de esperanza, por lo menos en lo que respecta a América Latina en la medida que ningún país de esa vasta comunidad las ha firmado y han optado por un periodo de reflexión en torno a ellas antes de tomar una decisión al respecto.

Ciertamente, es bajo esa óptica que debe analizarse la conveniencia o no de adherir a este nuevo Convenio porque lo que verdaderamente interesa, es que todos los países latinoamericanos tengamos una misma normativa común, porque esa sería una de sus bases para la consolidación de su integración física que incluya no solo el transporte marítimo sino también el terrestre, el aéreo y el fluvial; este último de vital importancia para la consolidación de la UNASUR. Ha hecho bien por eso la Comunidad latinoamericana en abstenerse de firmar el convenio y reservar su decisión para una eventual adhesión o en su defecto para elegir otra alternativa.

Como es sabido, los riesgos comerciales en el transporte de mercancías por mar o en transporte multimodal están distribuidos entre sus respectivos aseguradores: los de los armadores con sus seguros mutuos de protección e indemnización por un lado y por el otro, los de los aseguradores de la carga y es sobre estos intereses contradictorios donde subyace, fundamentalmente, la razón de ser de estos convenios de derecho comercial internacional, y su incidencia real en la cadena de transporte y en el comercio exterior de sus respectivos países.

Sin embargo, un régimen uniforme, adoptado de común acuerdo entre las partes que intervienen en este negocio, no solo reduciría los costos, al evitar la multiplicidad de regímenes, de trámites engorrosos y de problemas de conflictos de

leyes y de jurisdicciones, sino que de paso constituiría un formidable elemento de cohesión en el proceso de fortalecimiento de la integración.

Lo que interesa ahora es revisar la necesidad de contar a nivel regional sudamericano con un sistema uniforme; en otras palabras, una norma común en una materia tan sensible como la que regula el transporte multimodal de mercancías, intrínsecamente vinculada a la integración física del sub continente, para la consolidación de la UNASUR, lo que trasciende los intereses sectoriales particulares de quienes intervienen en el transporte de mercancías en el comercio internacional.

Todos los convenios de transporte marítimo en general y en especial aquellos sobre transporte de mercaderías por mar y por transporte multimodal e incluso, por cierto, el reciente de las “Reglas de Rotterdam”, incluyen una formula ritual que establece que estos convenios, en su aplicación e interpretación, deben tener en cuenta su carácter internacional para promover la uniformidad. Es decir la necesidad de codificar, hasta cierto punto, el contenido de la legislación internacional en el ámbito de la compra venta y en el transporte internacional de bienes, como se ha hecho, de alguna manera, con los derechos de propiedad intelectual, mediante la adopción del ADPIC en forma conjunta cuando se aprobó el tratado que crea la Organización Mundial de Comercio. Por eso, el tema del transporte de mercaderías por mar como el de la Propiedad Intelectual y también el de la Protección del Medio Ambiente son temas que deben ser incorporados a la legislación comunitaria porque son transfronterizos y sus efectos no solo trascienden los límites nacionales sino que deben tener una reglamentación uniforme, para fortalecer la cohesión y la integración física.

Bajo esa óptica es que debe analizarse la conveniencia o no de adherir al nuevo Convenio denominado las “Reglas de Rotterdam” ya que lo que verdaderamente interesa, es que todos los países del subcontinente tengan una misma normativa comunitaria que sea interpretada de manera uniforme a lo largo y ancho del subcontinente y que sea la base jurídica para la consolidación de su integración física, que incluya no solo el transporte marítimo sino el terrestre, aéreo y el fluvial mediante las Hidrovías tanto la Amazónica como la del Paraná y la del Río de la Plata.

Pero el nuevo convenio se encuentra en abierta oposición con la vigente legislación sobre transporte multimodal vigente tanto en los países de la Comunidad Andina, como los del MERCOSUR por lo que la evaluación para su adhesión tendría que estar precedida de un análisis en profundidad de sus conveniencias o desventajas para adherirse a él ya que ello implicaría, cuando menos, la modificación sustancial de la legislación comunitaria vigente en ambos grupos subregionales.

## **1.2. El renacimiento de la Escuela de los Glosadores de Bolonia**

No existe actualmente un análisis crítico del contenido y los efectos de las Reglas de Rotterdam. Esto será, eventualmente, considerado por los tribunales de justicia de los países que sean partes contratantes de dicho convenio. Sin embargo, un gran soporte para evaluar la conveniencia o no de adherirse a dicho convenio, en base a los presupuestos mencionados, al menos para los países latinoamericanos, sería encomendar a la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) un estudio en profundidad sobre el tema.

Se podría incluir en ese estudio, entre otros, lo que al respecto han hecho dos grupos de destacados jurisconsultos a nivel internacional, a título personal y sin convocatoria previa de ninguna organización gubernamental o no-gubernamental, pero respaldados por la solvencia que les da la larga experiencia en el ejercicio de la profesión especializados en esta materia y reforzados, muchos de ellos, por ser titulares de las respectivas cátedras en derecho marítimo en diferentes universidades. Estos especialistas, que se han auto convocado, se han reunido en dos grupos para expresar las razones por las cuales en un caso las apoyan y por otro las rechazan de plano.

Al hacerlo han revivido, de motu proprio, en cierta manera, lo que en el pasado hicieran los Glosadores de la Escuela de Bolonia o de Jurisconsultos Boloñeses, y que consistía en estudiar diferentes textos legales y lograr una exégesis de los mismos interpretando sus alcances. Como se sabe prestaron un gran servicio al haber examinando e interpretando cada uno todos los textos del *Corpus Juris Civile* y fue gracias a ellos que se logró difundir el derecho romano, lo que ha servido para otorgar una armonización que ha facilitado el proceso de integración sub regional, conforme se indica en la introducción de este trabajo.<sup>30</sup>

Estos dos grupos de connotados especialistas en la materia, tanto en la práctica como en la cátedra, han publicado sus opiniones a favor o en contra de la adopción de las “Reglas de Rotterdam”.

El primer grupo, llamado “El Grupo de los Ocho”, se pronunció a favor de la pronta adopción de Las Reglas de Rotterdam, pero tuvo una inmediata respuesta de otro grupo también de connotados especialistas en la materia también en la práctica como en la cátedra y que se conoce como “El Grupo de los Seis”, que optó por la tesis

contraria, recomendando más bien desecharlas, entre otros, por su complejidad y excesivo detalle lo que crearía más confusión y atentaría, además, contra la esencia misma del propósito que impulso la adopción de un convenio internacional que no era otro que el de ofrecer certeza legal en las regulaciones del transporte multimodal de mercancías para promover su uniformidad y su aplicación internacional. Entre sus mayores defectos, estaba el haber creado tres tipos diferentes de contratos en el transporte de mercancías lo que crearía una mayor confusión.

“El Grupo de los Seis” se manifestó abiertamente, a favor de la adopción del Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal 1980 que solo admite dos tipos de contratos de transporte: los negociables y los no negociables, lo que las hace más simples y accesibles a los comerciantes, armadores, transportistas, consignatarios y sobre todos a los abogados y a los jueces. Finalmente, aparte de señalar con todo detalle las deficiencias contenidas en las Reglas de Rotterdam, criticó abiertamente al “Grupo de los Ocho” que había tomado la iniciativa indicando que todos ellos se habían dedicado, desde hace mucho tiempo, a promover un convenio internacional que pusiera al día la Ley de Transporte Marítimo de los Estados Unidos, la denominada “Harter Act”, pero al intentar hacerlo habían incurrido en muchos errores y en defectos de fondo, especialmente, admitiendo la posibilidad de que sus adherentes pudieran sustraerse del carácter vinculante de sus normas.<sup>31</sup>

A la luz de estos comentarios resulta obvio que los países que conforman la UNASUR, que tienen una legislación sobre la materia, en base precisamente, al Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal 1980, teóricamente deberían proceder a acceder al mismo, lo que no solo reforzaría la legislación vigente en la materia en todo este vasto territorio, sino que también sería determinante para ponerlo en vigor, ya que sus condiciones no solo son compatibles con el mismo sino que toda la legislación de la región ha sido elaborada en base a dicho convenio, lo que le daría un verdadero respaldo internacional.

Para completar el estatuto legal del transporte marítimo de mercancías por mar y por transporte multimodal solo restaría para los países que conforman la Comunidad Andina y el MERCOSUR adoptar, asimismo, el Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte de Mercaderías por Mar, 1978, las llamadas “Reglas de Hamburgo y volcar además su contenido en una norma comunitaria en ambas comunidades ya que su contenido es no solo compatible sino complementario del actual régimen jurídico aplicable a ambos Grupos de Integración.

En ocasión del Centenario de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo tuve oportunidad de dar alcance de mis reflexiones en torno a las “Reglas de

Rotterdam” y también durante la XIII y la XIV Conferencias del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo en Sevilla, España y en Punta del Este, Uruguay respectivamente; donde señalé que el transporte marítimo comercial y especialmente el multimodal se insertaba como un elemento básico en el proceso de integración no solo sudamericano sino latinoamericano y que sus proyecciones y efectos exigen una reflexión y discusión profunda dentro de los foros intergubernamentales como son el Sistema de Integración Centroamericano, la Comunidad Andina, el MERCOSUR, y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Detrás de este pedido está la posibilidad de convertir la legislación en transporte marítimo comercial, como en el transporte multimodal, en una legislación uniforme a lo largo y ancho de todos los países que conforman la UNASUR y con una proyección para incluir a todos los que conforman esa gran comunidad que va del Río Grande a la Tierra del Fuego cuya importancia política trasciende los intereses sectoriales de las partes que intervienen en el comercio marítimo.

De aceptarse este predicamento, debería seguirse la metodología que empleó, en su oportunidad, la Comunidad Andina para el caso de las Garantías Marítimas cuando refundió en un solo texto comunitario los Convenios Internacionales sobre la Hipoteca Naval y los privilegios Marítimos así como el Embargo Preventivo de Buques, que fueron adoptados bajo los auspicios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y de la Organización Marítima Internacional (OMI) en una sola Decisión Comunitaria.

Como se sabe, la Decisión 487 que contiene ambos convenios en un solo texto – desde que son complementarios– fue promulgada con el fin de paliar los efectos de la liberalización irrestricta para el acceso por parte de terceros países a la carga generada por los países de la Comunidad Andina, lo que había sido impuesto en pleno frenesí del liberalismo económico mediante la Decisión 288 que tuvo efectos catastróficos para las marinas mercantes de la región protegidas como estaban por las leyes y reglamentos de reservas de carga.

Es evidente que dicha Decisión, que se insertaba dentro de ese mandato general, no era suficiente para devolver a dicho sector su competitividad, pero, al menos, era un paso hacia adelante en la revisión y puesta al día de la legislación marítima de la región y constituye una sólida base para el desarrollo de la industria del transporte marítimo en la medida que establece la base jurídica para el tratamiento de las garantías marítimas y su ejecución por medio de la reglamentación del embargo preventivo de buques.

Hubiera sido de esperar que esa medida estuviera acompañada con la concesión de facilidades tributarias y de carácter laboral mencionadas en la Decisión 314, promulgada para paliar los efectos de la irrupción violenta de la liberalización irrestricta en el negocio naviero que había estado, de otro lado, abusivamente protegido con las famosas leyes de la reserva de carga,. Debió también ser instrumentalizada, además, con la creación de un Registro Comunitario o bien con Registros Especiales Nacionales, siguiendo la tendencia que se había impuesto en la comunidad internacional, luego de que se adoptara el Convenio de la Naciones Unidas sobre Condiciones para la Inscripción de Buques, en Ginebra 1986.

Como se sabe la Decisión 487, siguió, en orden cronológico, a la Decisión 486 que reglamenta el derecho de la propiedad intelectual para convertir en norma comunitaria los alcances del ADPIC convenio que fuera adoptado conjuntamente con el tratado que establece la Organización Mundial de Comercio OMC. Así como la Decisión 487 reproduce textualmente las normas de los convenios internacionales sobre las garantías marítimas antes citadas, adiciona además ciertas normas recogidas de las legislaciones nacionales de los países comunitarios sobre la hipoteca naval y los privilegios marítimos, lo que la hace más completa toda vez que los convenios antes mencionados solo se refieren a ciertos aspectos de ambas instituciones: el embargo preventivo de buques y los privilegios y la hipoteca naval.

No se entiende por eso porque los países que pertenecen a la Comunidad Andina no hayan procedido, a su vez, a adherirse o en su caso a ratificar ambos convenios internacionales ya que la Decisión 487, al refundir en un solo instrumento jurídico el contenido de dos convenios internacionales, no hizo sino adoptar una posición que había sido sostenida durante el proceso de revisión de los anteriores convenios sobre dichas materias, habida cuenta de la complementariedad de uno con el otro.

Sin embargo, en la discusión parlamentaria de los foros de las Naciones Unidas donde fueron debatidos, la gran mayoría de los delegados optaron por mantener los dos convenios separados: uno para los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval y otro para el Embargo Preventivo de Buques; aunque abogaron por una estrecha coordinación la revisión de ambos. Una consideración de orden pragmático más que una de técnica jurídica para la codificación de dichos Institutos fue la que finalmente prevaleció.<sup>32</sup>



Se estimó que mientras que el Convenio del Embargo Preventivo de Buques de 1952 había alcanzado una notable aceptación por parte de la comunidad internacional, los Convenios de los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval de 1926 y 1967 no habían tenido la misma suerte y el refundirlo en solo instrumento era sacrificar la uniformidad legislativa alcanzada en estas sensibles áreas del derecho marítimo comercial. Se prefirió por ello que la revisión de ambos convenios fuera tratada de manera conjunta en los foros de la UNCTAD y la OMI que habían reclamado competencia para conocer del asunto, pero en instrumentos independientes.

La Comunidad Andina de Naciones no tuvo que hacer frente a esta disyuntiva toda vez que ninguno de sus países miembros eran partes contratantes de los convenios antes citados y optó en consecuencia por consolidarlos en un solo instrumento, lo que ha facilitado su aplicación por la íntima vinculación entre ambos, que, como ha sido dicho, son complementarios.

Con su promulgación se quiso poner en vigor inmediato para los países de la Comunidad Andina ambos convenios con la fuerza y las características del derecho comunitario para poner en vigor para los países de la Comunidad, el contenido de ambos convenios internacionales, habida cuenta que ellos representan la legislación internacional más completa y moderna en esta materia y que fuera preparada con la participación de toda la comunidad internacional y donde se tomaron en cuenta el desarrollo y los adelantos tecnológicos habidos en los últimos 50 años.

## **2. La legislación uniforme en propiedad intelectual**

La otra vertiente es la de la Propiedad Intelectual. La Comunidad Andina ha desarrollado el tema a lo largo de varias decisiones la 85, 311, 313, 344 hasta llegar finalmente a la Decisión 486 que es la que actualmente está en vigor y que fue promulgada para incorporar el acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (el “Acuerdo TRIPS de sus siglas en inglés) que como es sabido, establece estándares mínimos universales en materia de patentes, derechos de autor, marcas, diseños industriales, indicaciones geográficas, circuitos integrados e información no divulgadas.<sup>33</sup>

En líneas generales, el sistema se caracteriza por un progresivo incremento en la protección a los derechos de propiedad intelectual. En el tema de patentes, se ha incrementado el plazo de protección hasta igualarlo a los estándares requeridos por el Acuerdo ADPIC, incluyendo el derecho a patentar fármacos, aunque, sin embargo, la

Decisión 486 excluye las patentes de segundo uso por cuanto considera que es una extensión ilimitada del plazo de los derechos concedidos.<sup>34</sup>

Asimismo, la misma Decisión resalta la definición del trato nacional y de la nación más favorecida, y además, a diferencia de los demás tratados del Hemisferio, adopta una posición plus con respecto a los ADPIC al otorgar “un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales” no sólo a los miembros de la Comunidad Andina sino también a los miembros de la OMC y del Convenio de París.<sup>35</sup>

A mediados de agosto de 2008, la Comunidad Andina aprobó la Decisión 689, que modifica la Decisión 486 y autoriza a los Países Miembros a desarrollar y profundizar determinados derechos de propiedad industrial a través de su legislación interna. La enmienda fue realizada a pedido de la República del Perú, dado que era necesaria para poder implementar el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica. Se rompió así el Régimen Común de la Decisión 486 convirtiendo la excepción del “complemento indispensable” en la regla general, degradando la supremacía del derecho comunitario convirtiéndola en excepción.

Esencialmente, la iniciativa peruana consistió en cambiar el carácter obligatorio de la Decisión 486 y convertirla en un documento de “recomendaciones”, cuyo cumplimiento obedecería a la determinación autónoma de cada País Miembro lo que la haría, en esencia, facultativa.

Si bien gran parte de las disposiciones de la Decisión 689 tienen carácter facultativo<sup>36</sup> para los países en la medida que éstos podrían o no adoptarlas entrañan, sin embargo, un grave riesgo en la medida que abren posibilidades a que, entre otros, las empresas farmacéuticas logren estándares de protección de propiedad intelectual que no pudieron lograr en otros ámbitos como en la Organización Mundial de Comercio con el ADPIC o en los Tratados de Libre Comercio.

Conviene sin embargo, resaltar los cambios más relevantes autorizados por la Decisión 689 de la Comisión de la Comunidad Andina, en la medida que en caso se quisiera armonizar esta legislación con las restantes de los propios socios en la Comunidad Andina y los potenciales que son miembros del MERCOSUR.

**a) Compensación por “retrasos irrazonables” en el otorgamiento de una patente:**

Esta disposición busca compensar a los solicitantes de patentes cuando se presenta un injustificable retraso en el procedimiento de concesión. La norma establece como irrazonable un retraso superior a cinco (05) años desde la fecha de solicitud de la patente y de tres (03) años desde el pedido del examen de fondo (patentabilidad).

La norma prevé que la restauración se da si los retrasos son imputables a la Oficina Nacional. No es procedente en relación con acciones del propio solicitante o de un tercero. Se debe advertir que, como la norma no establece el plazo de restauración ni el procedimiento a seguir, la normativa interna del País Miembro que se haya acogido a esta prerrogativa deberá indicar cuál será el plazo de restauración y cuál el procedimiento a seguir. Lo anterior es muy importante, ya que deja un gran margen de discrecionalidad al País Miembro en relación con los topes o límites de la compensación.

**b) Uso de la materia patentada para obtener información requerida para aprobar la comercialización de un producto (excepción bolar):**

La “excepción bolar” tiene su origen en Estados Unidos de América en el asunto “Roche Products Inc. vs. Bolar Pharmaceutical Co. Inc.” (1984).<sup>38</sup> Lo anterior determinó la incorporación de la cláusula bolar en la “Ley sobre Competencia de los Precios y Medicamentos y Restauración de la Duración de la Patente” de los Estados Unidos de América.

Por medio de la excepción bolar se permite, antes de la expiración del plazo de la protección de la patente, la utilización de un producto patentado para realizar actos tendientes al otorgamiento del registro sanitario y, en consecuencia, la autorización para comercializar dicho producto. Lo anterior es muy importante para la industria de los genéricos, ya que el productor de genéricos no debe esperar a que caduque la patente para poder iniciar los trámites de comercialización. Estos trámites, mediante la excepción comentada, se pueden realizar antes y tener lista la autorización de comercialización una vez que haya caducado la patente.

Sin dicha excepción, en la práctica, la patente se estaba extendiendo más allá del tiempo de protección de la misma, ya que mientras el productor de genéricos lograba la autorización de comercialización después de caducada la patente era muy factible que pasaran dos o tres años más.

**c) Autorización de establecimiento de un registro multiclase de marcas:**

El registro multiclase podría tener una finalidad práctica bastante importante, pues agilizaría el trámite tanto para la oficina de registro marcario como para el solicitante. Con esto la oficina de registro haría el examen integral al mismo tiempo para toda la gama de productos y servicios concerniente, evacuando observaciones y análisis en un mismo paquete, así se evitarían decisiones lejanas en el tiempo y, posiblemente, contradictorias. Asimismo, la Oficina Nacional Competente tendría la obligación de hacer el examen de registrabilidad para cada producto o servicio.

**d) Prohibición de proteger una denominación de origen cuando pueda generar confusión con una marca:**

El Tratado de Libre Comercio celebrado entre Estados Unidos de América y el Perú señala que, la denominación de origen (DO) es *“un signo distintivo como cualquier otro”*, y por lo tanto debe tener el mismo nivel de protección que una marca. Se prohíbe el registro de una denominación de origen, cuando existiera previamente una marca registrada de buena fe, como un incentivo para que las denominaciones de origen se registren rápido.

Como consecuencia de la implementación nacional de esta Decisión 689 los Países Miembros, individualmente, pueden supeditar el régimen de las denominaciones de origen al régimen que gobierna los registros marcarios, ya que aquellas no podrían entonces crear confusión con marcas registradas, con marcas notorias o con solicitudes previas de registros marcarios; es decir, aumentando como causales que impidan la declaración como una denominación de origen a las causales de confusión o asociación con marcas registradas o con solicitudes de registro y colocándolas al mismo nivel, mientras que para los demás Países de la Comunidad Andina, que continuarán aplicando la Decisión 486 (Bolivia y el Ecuador), la especial regulación de los artículos 201 y siguientes resulta mucho más proteccionista de las denominaciones de origen.

Las modificaciones de la Decisión 689 asignan un mismo trato a las denominaciones de origen que a una marca solicitada o registrada, cuando en realidad, deberían tener un tratamiento especial y una protección mayor como la que otorga la Decisión 486.

**e) Establecer como opcional el requisito de registro del contrato de licencia de uso de la marca:**

Por el afán de armonizar situaciones que no las requerían, se dejó abierta la puerta para que no se exigiera el registro de las licencias ni siquiera para fines de publicidad, lo que conllevaría a problemas graves en la práctica, ya que los terceros actúan de buena fe con base a los datos que encuentran en los registros públicos.

Si lo que se quería era erradicar la frase que decía *“La falta de registro ocasionará que la licencia no surta efectos frente a terceros”*, se debió eliminarlas y en su lugar consagrar el requerimiento obligatorio para fines únicamente “informativos”. De todos modos, el incumplimiento de dicho requerimiento debería conllevar efectos que en última sería el de la inoponibilidad. Es decir, que para los terceros, mientras no se informe lo contrario, el titular de la marca es el que aparece como tal en el registro marcario.

## **2.1. La Propiedad Intelectual en el MERCOSUR.**

En el caso del MERCOSUR como anexo al Tratado de Asunción de 1995 fue firmado el Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen. De acuerdo con la normativa del MERCOSUR dicho Protocolo debe ser ratificado por los Parlamentos de los 4 Estados Partes y hasta el momento solo lo han hecho Paraguay y Uruguay pero los países restantes aplican los criterios del protocolo como norma nacional que sigue básicamente, el contenido del Acuerdo TRIP'S de la OMC, por lo que fácilmente podría compatibilizarse con la normativa de la Comunidad Andina.

En la Argentina y el Brasil continúan aplicando las normas nacionales de Propiedad Intelectual, las cuales también se encuentran en armonía con lo que señala el Acuerdo TRIP's. Brasil, de hecho, ha reproducido el Acuerdo TRIP's como norma interna. La Decisión 486 de la Comunidad Andina ha construido sobre las bases de los estándares mínimos de dicho Acuerdo pero en términos generales; una armonización en este tema, sobre todo en los aspectos secundarios no contemplados en el Acuerdo TRIP's de la OMC no parece difícil.

Por su parte el artículo 1º del Tratado de Asunción establece que para posibilitar la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países deben eliminarse, entre otros, las restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente, siendo que la falta de armonización, o de protección en algunos aspectos de la propiedad industrial puede fungir –en la práctica- de restricción no arancelaria.

Ante la problemática planteada en el MERCOSUR por la circulación de bienes y servicios entre Estados que presentan diferencias en los regímenes jurídicos de protección de la propiedad intelectual y la concreción de los nuevos términos de protección internacional en el marco de la OMC, se optó por implementar un sistema de armonización del derecho de marcas, el mismo que debería ser implementado por cada Estado, en el ámbito nacional, por lo que se elaboró un documento que buscó acercar las diversas legislaciones e intereses de los Estados Partes, siguiendo las previsiones del Tratado de Asunción.

Mediante documento MERCOSUR/CMC/DEC. Nº 8/95, de 05 de agosto de 1995, se aprobó el “Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en materia de Marcas, Indicaciones de procedencia y Denominaciones de origen”<sup>39</sup>, el mismo que se elaboró en base al estudio y análisis de las legislaciones nacionales, las disposiciones del Convenio de París y los ADPIC. En Uruguay se aprobó mediante Ley Nº 17052, de 14 de diciembre de 1998, que consta con la aprobación paraguaya desde 1996.<sup>40</sup>

Sin embargo, el problema radica en que la implementación de dicha armonización es nacional por lo que dicho régimen no goza de los principios de supremacía, aplicación inmediata y efecto directo, por lo tanto, mientras existan derechos nacionales de marcas, su campo de aplicación geográfica seguirá limitado a cada uno de los Estados Partes.

Por otro lado, este Protocolo no propone la armonización total, sino tan sólo establecer un mínimo de protección en los temas que pudieran tener mayor incidencia en el funcionamiento del MERCOSUR, dejando la posibilidad a los Estados Partes de conceder una protección más amplia siempre que no sea incompatible con las normas y principios del Convenio de París ni del TRIP’S.<sup>41</sup>

Si bien en los lineamientos del MERCOSUR se siguen las normas existentes a nivel internacional se necesita que los Estados Partes armonizaran estas normas para que rijan para todos de manera uniforme, no sólo para ser aplicadas

internacionalmente en cada uno de los territorios, sino para regular esta materia de manera conjunta en el mercado común. Además, se necesita que existan órganos comunes relacionados con la aplicación de estas normas. Sin una armonización en las normas de los cuatro Estados Partes, se corre el riesgo de tener leyes dispares que distorsionen la competencia y pueda ocasionar una situación de protección diferente en cada uno de los países.

En esta línea, se ha señalado que *“En el MERCOSUR y los países socios se advierte un claro proceso de fortalecimiento del régimen de propiedad intelectual, sin que se haya desarrollado en la mayoría de los países un marco regulatorio eficaz de defensa de la competencia”*.<sup>42</sup>

Finalmente, las decisiones sobre Propiedad Intelectual constituyen un acervo muypreciado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de las cortes supremas de los países de dicha comunidad que a lo largo de los años ha venido desarrollando una importante jurisprudencia a través de sentencias de interpretación prejudicial y de su aplicación a casos concretos, que podrían convertirse en un importante aporte en esta materia en las futuras interpretaciones sobre esta materia si se lograra un verdadero mecanismo de cooperación entre ellos.

La Decisión 689 establece un esquema de *“Decisión 486 plus”*, cuando en realidad, la Decisión 486 ya era -en la praxis- un *“ADPIC plus”*. Es decir, las modificaciones de la Decisión 689 constituyen mínimos que pueden ser aumentados de conformidad con las legislaciones internas de los Países Miembros que quisieron acogerse a dicha facultad antes del 20 de agosto de 2008. Sobre esta adecuación conviene indicar que únicamente las Repúblicas de Colombia y del Perú manifestaron, a la Secretaría General, su voluntad de acogerse a esta facultad de implementación nacional de la Decisión 689, por lo que para Bolivia y el Ecuador seguirá rigiendo la Decisión 486 en su totalidad.

Pero en puridad de verdad el debilitamiento de la CAN no se dio en razón de que el Perú firmara el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, sino que fue gestándose desde el momento en que la propia CAN (a través de todos sus Países Miembros) autorizó a Colombia y a Venezuela a formar parte del GRUPO 3 (G-3) mediante la Decisión 322 del año 1992.<sup>43</sup> Posteriormente, en el 2004, a través de la Decisión 598<sup>44</sup> se facultó a los Países Miembros a negociar acuerdos comerciales con terceros países. Por lo tanto, si bien Bolivia critica la adopción de la Decisión 689, el Perú sólo hizo lo que le estaba facultado con la Decisión 598, por lo que si Bolivia no estaba de acuerdo no debió haber firmado, en primer lugar, las Decisiones 322 y 598.

En el ámbito de la Propiedad Intelectual, se evidencia que la denominada “*sociedad del conocimiento*” presente fallas en el mercado, donde debe recuperarse la inversión realizada en la investigación dando lugar al alargamiento de los plazos de protección a las patentes. Sin embargo, lo que se termina por pagar son los grandes subsidios que Estados Unidos y Europa dan a las transnacionales farmacéuticas. En el comercio de bienes, en efecto, se busca casi siempre una menor protección, mientras que en el caso de la Propiedad Intelectual sucede todo lo contrario; se busca una mayor protección, sin que, en contraparte, se liberalice el “*know how*”, es decir, el factor conocimiento.

Varios académicos han investigado a fondo la labor del Tribunal Andino en materia de propiedad Intelectual y han llegado a la conclusión de que si los países de la región sudamericana continuaran armonizando su legislación a nivel comunitario, los actores que intervienen en el comercio intra subregional podrían beneficiarse económicamente al tener la capacidad de cuestionar las políticas nacionales a través de las normas comunitarias que tienen como garante al Tribunal Andino de Justicia.<sup>45</sup>

En un espectro más amplio el tema de la propiedad intelectual también guarda una cierta relación con el de la protección del medio ambiente regulado por decisiones en temas muy sensibles como son, entre otros, los derechos de los obtentores vegetales y el acceso a los recursos genéticos y señala que no son patentables, en el territorio del País Miembro respectivo, las invenciones que sean contrarias a la moral, la salud, la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o el medio ambiente o que sean contrarios a la moral, la salud, la vida de las personas. En este sentido las disposiciones de la Decisión 486, guardan relación con las contenidas en las Decisiones 345 y la 391 sobre el régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales y al régimen común sobre acceso a los recursos genéticos, respectivamente.

Las diferencias ideológicas que actualmente dividen a los Países Miembros de la Comunidad Andina son ahora mayores que cuando se fundó y esa falta de coherencia ha permitido que en casos como en el de los Estados Unidos o en el de la Unión Europea hayan negociado sus tratados de libre comercio de manera bilateral y no en bloque, como debía haber sido el caso. Señalan, en consecuencia, que si se lograra una armonización a nivel sudamericano en materia de propiedad intelectual lo que actualmente constituye una “*isla modelo*” de jurisdicción comunitaria a nivel andino podrían expandirse para incluir a todo el continente sudamericano.<sup>46</sup>



Debería reactivarse la cooperación entre las cortes supremas de los Países de la CAN y del MERCOSUR, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, cuyo primer período de sesiones se realizó en las ciudades de Lima y Arequipa los días 12, 13 y 14 de octubre de 2005, el mismo que tuvo por objeto “activar espacios de reflexión jurídica conjunta dirigidos a facilitar la participación temprana de dichas magistraturas en la tarea común de contribuir al desarrollo de un espacio sudamericano integrado.” Y donde claramente se hizo especial énfasis “en el beneficio que las opiniones consultivas de ambos tribunales podrían implicar para una aplicación homogénea de las normas en los procesos de integración.

En ese mismo encuentro se dejó claramente establecido “la importancia de que las autoridades nacionales y subregionales trabajen progresivamente en reformas normativas que permitan un mayor acercamiento en ciertas materias de interés común; y en ese contexto señalaron que “los regímenes de propiedad intelectual y del derecho de competencia podrían ser objeto de una aproximación regulatoria que influiría positivamente en su aplicación uniforme por parte de ambos tribunales.<sup>47</sup>

### **3. La Legislación sobre la protección del Medio Ambiente.**

No existe en la actualidad un cuerpo normativo que desarrolle en forma específica la Protección y la defensa del Medio Ambiente en todo el espacio comunitario andino ni tampoco al que corresponde a los países del MERCOSUR. Casi todas las normas comunitarias se refieren a la creación de Comités, tales como la Decisión 435, que creó el Comité Andino de Autoridades Ambientales el 11 de Junio de 1998; la Decisión 529 que creó el Comité Andino para la Prevención y Atención de Desastres el 7 de Julio de 2002 y su correlato en la Decisión 591 que establece una Estrategia Andina para la prevención y atención de desastres el 10 de Julio de 2004; la Decisión 596 que creó el Consejo de Ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible del 11 de Julio de 2004; la Decisión 614 sobre la Estrategia Andina de Desarrollo Alternativo, Integral y Sostenible de 15 de julio de 2005 y finalmente la Decisión 699 sobre la Elaboración de Indicadores Ambientales en la Comunidad Andina del 10 de Diciembre de 2008.

Si bien es plausible la producción legislativa, ésta se refiere más que nada a aspectos administrativos y de la creación de un marco de cooperación entre las distintas autoridades de medio ambiente y desarrollo sostenible, pero lamentablemente no existe una norma comunitaria que regule de manera integral la protección del Medio Ambiente y que fomente el Desarrollo sostenible, como ha sido el caso de la propiedad intelectual o del transporte multimodal.

Aunque bien es cierto, que en el caso del transporte marítimo de mercancías existe una vasta legislación internacional e incluso una agencia especializada de las Naciones Unidas, la Organización Marítima Internacional (OMI), que nació, precisamente, para proteger el medio ambiente marítimo en forma conjunta de asegurar la protección de la vida humana en el mar; luego de la transformación que al efecto se hizo de lo que era antes la Organización Marítima Consultiva Internacional (IMCO) que en un comienzo tenía solo facultades consultivas y se convirtió luego en una agencia especializada de las Naciones Unidas.

Sin embargo la abundante producción legislativa en esta provincia se ha quedado en el ámbito del derecho internacional público y en el de las legislaciones nacionales y no ha sido abordado de manera vinculante y preceptiva y por ende susceptible de ser materia de derecho comunitario, no obstante su directa vinculación con la protección y la defensa del medio ambiente.

Al igual que en el caso de la propiedad intelectual, el transporte de mercaderías por mar y el transporte multimodal, la protección y defensa del medio ambiente también debería ser materia de legislación comunitaria preceptiva especialmente en la Unión Europea y en la UNASUR lo que daría inmediata competencia a los tribunales comunitarios que podrían establecer una jurisprudencia valiosa al garantizar una aplicación uniforme de esa normativa tan importante para la protección del medio marino, especialmente en los casos de contaminación por hidrocarburos.

El tema de la protección del medio ambiente que, paradójicamente, debería revestir una mayor profundización no ha recibido a nuestro parecer la atención que merece el tema. Al igual que los dos anteriores, no solo serviría para profundizar la integración, robustecer la colaboración de los tribunales nacionales con los comunitarios sino que serviría para cohesionar la integración regional al permitir que los Estados miembros puedan concurrir con una sola voz a la mesa de negociación internacional cuando se toquen cualesquiera de estos tres temas que, por el momento, constituirían el bloque de cooperación entre los jueces nacionales y los tribunales comunitarios.

Es cierto, sin embargo, que es un tema relativamente novedoso en la agenda de cooperación internacional, pero es tal vez el que requiere una atención inmediata y una dedicación más profunda, por la velocidad con que en los últimos tiempos se han ido deteriorando las reservas naturales y por los efectos evidentes en el cambio

climático y la contaminación constante en los océanos por la depredación y la contaminación.

La Comunidad Andina a través de la Secretaría General ha desarrollado la denominada “Agenda Ambiental Andina”<sup>48</sup>, que contiene acciones de carácter subregional, de corto y mediano plazo, que agregan valor a los esfuerzos nacionales y contribuyen a fortalecer las capacidades de los Países Miembros en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible. Su objetivo ha sido guiar las acciones tanto del Consejo de Ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible como del Comité Andino de Autoridades Ambientales y, de esta manera, facilitar la labor de los Países Miembros de la Comunidad Andina en dicha materia.<sup>49</sup>

Existen actualmente cuatro ejes fundamentales en la “Agenda Ambiental Andina”: (a) Cambio climático; (b) Biodiversidad; (c) Recursos hídricos; y, (d) Prevención y atención de desastres. A estos cuatro ejes fundamentales, con el tiempo debería incluirse la contaminación por hidrocarburos, que se encuentra bajo la competencia, en el plano internacional, de la Organización Marítima Internacional (OMI).

### **a) El Cambio Climático**

La formulación y estructuración de la Estrategia Andina sobre Cambio Climático están contempladas en la Agenda Ambiental Andina 2006-2010 a fin de que sirvan de fundamento para la coordinación subregional en los temas prioritarios de los países y de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y del Protocolo de Kyoto. Está también contemplada la generación de capacidades para evaluar los efectos del cambio climático en sectores prioritarios regionales, así como, la concertación de una posición conjunta ante los foros internacionales de negociación en materia de Cambio Climático y el fortalecimiento de la participación de los delegados nacionales de los Países Miembros.

La subregión andina ilustra elocuentemente la paradoja de ser un espacio que, pese a tener una reducida participación en la producción mundial de gases de efecto invernadero, enfrenta altos riesgos de sufrir los efectos de este problema, dada la fragilidad y vulnerabilidad de su población y ecosistemas. De acuerdo a la base de datos de emergencias de la Universidad de Lovaina, tres de los cuatro países andinos aparecen entre los cinco países más vulnerables a peligros climáticos. Asimismo, el Fenómeno El Niño (FEN)<sup>50</sup> puede ser más frecuente y más intenso debido al calentamiento de la tierra. Como una referencia reciente, y en base a estudios

desarrollados por la Comisión Andina de Fomento, el FEN del 97/98, significó 7,545 millones de dólares de pérdida, equivalentes al 2.6% del PBI de la subregión, pero al 14% del PBI del Ecuador, 7% del de Bolivia y 4.5% del Perú.

La vulnerabilidad de los países se ve incrementada por los altos niveles de pobreza (superiores al 50%) y pobreza extrema (entre el 15 y 30%) que se registran en la subregión, lo que limita las capacidades de respuesta de la población, el Estado y sus instituciones. Por otro lado, los cuatro son países megadiversos, siendo sus especies altamente sensibles a los cambios de temperatura y sus impactos. Los países andinos además albergan el 30% de la superficie de los bosques existentes a nivel sudamericano y el 6.2% de los bosques a nivel mundial, ocupando éstos aproximadamente el 52% de su superficie terrestre.

El cambio climático presenta pruebas fehacientes de su impacto en la región, ocasionando daños que son inevitables. Los glaciares tropicales, 95% de los cuales se encuentran en esta subregión, han disminuido drásticamente, habiendo perdido algunos de ellos hasta el 80% de su superficie glaciar. El retroceso de los glaciares tiene un enorme impacto en actividades de generación de energía (aproximadamente el 60% de la electricidad de los países andinos es generada por energía hídrica, dependiendo el agua que utilizan de las cuencas glaciares), alimento y disponibilidad de agua para consumo humano e industrial.

El tema del cambio climático es, en suma, de gran importancia para la subregión andina como lo es también para el área del MERCOSUR.<sup>51</sup> Por eso dichos países han sido los puntos focales de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), y los principales impulsores de los avances logrados a la fecha. El ordenamiento institucional de los países de la Comunidad Andina en el área climática sigue patrones similares en todos ellos, aunque con particularidades propias para cada uno de los países.

De otro lado todos los países andinos, así como, los del MERCOSUR, han suscrito tanto la CMNUCC como el Protocolo de Kyoto, y los Países Miembros de la CAN han cumplido con su compromiso de entregar sus Primeras Comunicaciones Nacionales a la CMNUCC, y actualmente están en proceso de elaboración de las Segundas Comunicaciones. Tres de los países (Colombia, el Ecuador y el Perú) además, han finalizado sus autoevaluaciones de las capacidades existentes para la implementación de las convenciones de Río de Janeiro y Bolivia ha iniciado el mismo proceso, habiendo identificado potencialidades para la sinergia para establecer las prioridades en el fortalecimiento de capacidades en una visión en conjunto.

En casi todos los países de la subregión se dispone de recursos humanos formados a partir del trabajo en las distintas Oficinas Nacionales de Cambio Climático, y de los Servicios de Meteorología, instituciones académicas e institutos especializados. Sin embargo, estos recursos humanos son insuficientes para implementar los estudios necesarios y las medidas contempladas en las Comunicaciones Nacionales, las estrategias y planes, y para las necesidades de los emergentes mercados del carbono.

A pesar de la importancia que el tema debe tener en las agendas nacionales, lamentablemente, el tema de cambio climático no constituye una prioridad, y se encuentra catalogado como un problema meramente ambiental y no de desarrollo. Esto se refleja en el nivel de financiamiento con el que cuentan las Oficinas Nacionales encargadas del Cambio Climático, nacional e internacional y en tal situación, las Oficinas de Cambio Climático de la subregión no podrían subsistir sin el financiamiento externo. Además, los niveles actuales de financiamiento con los que se cuenta no toman en cuenta dos aspectos esenciales: a) la sostenibilidad del financiamiento en el largo plazo; y, b) la implementación de las acciones estratégicas contenidas en los planes o estrategias de mitigación, adaptación y medidas de respuesta.

Existe, por otro lado, una enorme potencialidad de trabajo sinérgico con otros temas de la agenda de la Comunidad Andina, tales como: prevención de desastres, energía, biodiversidad, aguas continentales, que de explorarse debidamente permitiría catalizar la incorporación de las consideraciones de cambio climático en otros procesos, lo que no solamente permitiría hacer un uso más eficiente de los recursos disponibles, sino que podría darle la relevancia debida al tema. Por otro lado, la Reunión de Ministros de Medio Ambiente del MERCOSUR fue creada por Decisión CMC N° 19/03, y tiene por finalidad proponer medidas tendientes a la coordinación de políticas para promover la gestión ambiental y el desarrollo sostenible de la región, así como, las acciones de cooperación y articulación en materia de medio ambiente.<sup>52</sup>

## **b) Biodiversidad**

El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores aprobó el 07 de julio del 2002, por medio de la Decisión 523<sup>53</sup>, la Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, con el objetivo de contribuir a la generación de alternativas viables de desarrollo regional sostenible a partir de los recursos naturales de la subregión y a la concertación de posiciones conjuntas ante los diversos foros internacionales de negociación.

Actualmente, el Comité Andino de Autoridades Ambientales (CAAAM)<sup>54</sup> tiene el encargo de elaborar el Plan de Acción y la Cartera de Proyectos que aseguren la aplicación de la Estrategia Regional de Biodiversidad (ERB). En el marco de esta última estrategia se están implementando programas con el apoyo de distintos organismos regionales como la Corporación Andina de Fomento (CAF), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Consorcio para el Desarrollo Sostenible de la Región Andina (CONDESAN) e internacionales tales como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y Conservación Internacional (CI).

En el marco de la biodiversidad, actualmente se cuentan con las siguientes actividades: (a) El Programa Andino de Biocomercio: Donde la CAF, la UNCTAD y la Secretaría General de la CAN han diseñado este Programa con la finalidad de fomentar el uso de la biodiversidad, con criterios de sostenibilidad, para la generación de oportunidades que contribuyan al desarrollo económico y social de los Países Miembros de la Comunidad Andina. (b) El Programa de Apoyo a Negociadores, cuya iniciativa promovió la CAF y la Secretaría General de la CAN y que se centra en apoyar técnicamente a los negociadores de la región andina en temas relacionados con la biodiversidad y el comercio.

A todo esto habría que agregar (a) La Alianza Estratégica con Conservación Internacional, que la Secretaría General de la Comunidad Andina celebró con la organización Conservación Internacional (CI) el 11 de junio, de 2003, en la ciudad de Washington, mediante un Memorando de Entendimiento para promover y facilitar la implementación de la Estrategia Regional de Biodiversidad en la región andina; y (b) El Proyecto Páramo de CONDESAN: Como parte de los proyectos pilotos de la ERB, el Proyecto Páramo, coordinado por el Consorcio para el Desarrollo Sostenible de la Región Andina (CONDESAN) y destinado a la conservación de la Biodiversidad en los Páramos del Norte y Centro de los Andes, cuenta con el apoyo de los Países Miembros de la CAN.

### **c) Recursos Hídricos**

Los gobiernos de los países andinos, en el marco de acuerdos e iniciativas de orden internacional y regional, han hecho explícito su compromiso de luchar contra la pobreza, la desigualdad y la exclusión social que caracteriza a sus países y de promover el desarrollo sostenible. Así, en septiembre del 2000, conjuntamente con otros 142 jefes de gobierno se, adhirieron a la Declaración de Milenio y se

comprometieron con el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio<sup>55</sup>, como un medio para superar la pobreza, resolver los problemas que afectan el desarrollo humano y extender los beneficios de la globalización a todos los pobres del mundo.

De igual forma, en septiembre del 2002 respaldaron la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y adoptaron, un año más tarde, el Plan Andino de Seguimiento a la Cumbre de Johannesburgo<sup>56</sup>, siendo éste actualizado a través de la Agenda Ambiental Andina 2006 - 2010 con objetivos que intentan conciliar el crecimiento económico, la justicia social y la protección del medio ambiente.

Dentro de los compromisos internacionales y regionales de los países andinos para la reducción de la pobreza, la desigualdad y la exclusión mencionados anteriormente, existen metas y propuestas de acción concretas relacionadas con el agua: ya como mejoramiento del acceso al servicio de agua potable y saneamiento, o como propuesta de manejo sostenible e integrado del recurso hídrico. Sin embargo, resulta evidente, a la luz de la experiencia global y regional, que ambas intervenciones (tanto el acceso al agua potable y al saneamiento, como el manejo sostenible del recurso hídrico) tienen una enorme incidencia en la reducción de la pobreza y la búsqueda de la equidad e inciden significativamente en el logro de otras metas e indicadores sociales y de bienestar.

#### **d) Prevención y Atención de Desastres**

Se creó el Comité Andino para la Prevención y Atención de Desastres (CAPRADE), con el objeto y competencia de contribuir a la reducción del riesgo y del impacto de los desastres naturales y antrópicos que puedan producirse en el territorio de la subregión andina, a través de la coordinación y promoción de políticas, estrategias y planes, y la promoción de actividades en la prevención, mitigación, preparación, atención de desastres, rehabilitación y reconstrucción, así como mediante la cooperación y asistencia mutuas y el intercambio de experiencias en la materia.

Luego de analizar los cuatro ejes fundamentales en la “Agenda Ambiental Andina”, cabe señalar que la República del Perú cuando ejerció la Presidencia Pro Tempore de la Comunidad Andina en el año 2009, al coordinar la implementación de las “prioridades” del Acuerdo subregional, asociadas una nueva visión estratégica que busca promover una agenda común realista y viable para los Países Miembros si bien incluyó el tema del “Medio Ambiente” lo dejó relegado a un segundo plano, ya que

determinó otros temas con mayor prioridad como la “seguridad alimentaria” y “el desarrollo rural”.

### **3.1. Normativa Andina y Mercosureña sobre el Medio Ambiente.**

La normativa comunitaria sólo toca en líneas generales, y lamentablemente en un segundo plano, los temas del Medio Ambiente y no existe por lo tanto un cuerpo normativo que los desarrolle de forma específica. En igual situación se encuentran los países del MERCOSUR.

En el preámbulo del Tratado de Asunción se establece que *“la preservación del Medio Ambiente debe ser uno de los medios para alcanzar la ampliación de sus mercados, acelerando los procesos de desarrollo económico de los Estados Partes con justicia social”*.<sup>57</sup>

A fin de implementar esta recomendación mediante Decisión CMC N° 01/92 se estableció el Sub Grupo de Trabajo (SGT) N° 7, que tenía como mandato, entre otros, armonizar la legislación nacional y provincial sobre medio ambiente. Los trabajos en tal sentido incluyeron un análisis de las asimetrías existente entre la legislación de los Estados Partes, las mismas que se desarrollaron durante los años 1993 y 1994.

En la VI Reunión del Grupo Mercado Común, celebrada en Las Leñas el 27 de junio de 1992 se adoptó la resolución N° 22/92 que creó la “Reunión Especializada de Medio Ambiente” que tuvo su primer encuentro a fines de noviembre de 1993, es decir, casi dos años después del inicio de los primeros SGT. Ésta era una clara indicación, entre otras muchas, de que el tema ambiental no recibió en el MERCOSUR la atención que se merecía, al menos en esta etapa preparatoria”.<sup>58</sup>

Luego, mediante resolución GMC N° 05/93 fue creada la Comisión de Medio Ambiente que elaboró una matriz comparativa de las legislaciones nacionales y el Proyecto de Asistencia Técnica para el Medio Ambiente, a fin de aprobar un Proyecto de Cooperación de Medio Ambiente y posteriormente, se dio la Recomendación N° 09/97, la misma que fuera aplazada por la delegación argentina. Vincent G. Arnaud opinó al respecto que su aprobación había sido objetada por la Argentina y personalmente se permitía manifestar su desacuerdo con la misma. Decía que se trataba “de un extenso proyecto que a lo largo de un preámbulo y 85 artículos legisla de forma comprensiva en exceso e ignora las asimetrías existentes entre los países”.<sup>59</sup>



Expresa el autor Bouzas con relación al aplazamiento solicitado por la Argentina que:

*“Las causas que motivaron este pedido se relacionan con la nivelación de los estándares ambientales y procedimientos de certificación de temas que para la Argentina estarían tratados en forma insatisfactoria en el proyecto de protocolo. Actualmente existen divergencias entre el nivel de exigencia de las legislaciones ambientales de los Estados Parte: la legislación brasileña sería la más demandante, las de Paraguay y Uruguay las menos exigentes, y la legislación argentina estaría en un punto intermedio. Los delegados argentinos temen que si no se logra una adecuada armonización de los estándares ambientales pueda darse la situación que un producto que no cumpla las exigencias ambientales de un Estado Parte no pueda ingresar a ese mercado, lo que podría considerarse como una barrera para-arancelaria”.<sup>60</sup>*

Marcelo J. Cousillas indica:

*“(…) la existencia de una indisoluble interrelación entre los procesos de integración regional y las cuestiones y las cuestiones ambientales. Tales procesos, tendientes al debilitamiento de las fronteras nacionales, para posibilitar la libre circulación de personas, bienes y servicios, afectan y son afectados por las realidades ambientales de los países miembros. Son conocidos los debates acerca de la competitividad y las regulaciones ambientales o su eventual utilización como restricciones no arancelarias al comercio internacional. Por otra parte, la integración implica también un posicionamiento común de los miembros frente al resto de la comunidad internacional. Desde el punto de vista ambiental, ello significa el desafío de enfrentar concertadamente los denominados problemas ambientales globales, como el deterioro de la capa de ozono, el efecto invernadero o a la conservación del patrimonio común de la humanidad. Finalmente, los procesos de integración se ven generalmente asociados a ciertas obras de infraestructura que, además de tener efectos en las relaciones de vecindad entre los Estados, producen un impacto ambiental directo sobre recursos ambientales sujetos al uso y gestión común de dos o más países. Prevenir y manejar adecuadamente esos impactos, no solamente es un requerimiento indispensable para la protección del ambiente y de la calidad de vida, sino que además resulta necesario para garantizar el propio proceso de integración física y comercial”.<sup>61</sup>*

Por su lado Gabriel Jacobo señala que en el MERCOSUR se avanza lentamente en este tópico *“(...) porque al existir socios ambientalmente tan disímiles como Uruguay, Brasil, la Argentina y Paraguay, cada uno con su particular visión del cuidado del medio ambiente, y con su particular deseo de atraer inversiones, cuesta un esfuerzo material e intelectual enorme llegar a normas que sean compatibles para los cuatro”*.<sup>62</sup>

El Subgrupo de Trabajo N° 6 de Medio Ambiente elevó una recomendación en la cual se presentaba el “Proyecto de Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente en el MERCOSUR”, que fue aprobado por el CMC mediante Decisión N° 02/01, de 21 de junio de 2001.<sup>63</sup> En dicho Acuerdo los Estados Partes reafirmaron su compromiso con los principios enunciados en la Declaración de Río de Janeiro de Medio Ambiente y Desarrollo. El Acuerdo tiene por objeto el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una mejor calidad del ambiente y de la vida de la población.<sup>64</sup>

Por último, la Reunión de Ministros de Medio Ambiente del MERCOSUR fue creada por Decisión CMC N° 19/03, con la finalidad de proponer medidas tendientes a la coordinación de políticas para promover la gestión ambiental y el desarrollo sostenible de la región, así como, las acciones de cooperación y articulación en materia de medio ambiente.<sup>65</sup>

### **3.2. Medio Ambiente en el Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR.**

El VI° laudo del tribunal arbitral ad hoc del MERCOSUR (TAHM), se originó por la controversia entre la República Oriental del Uruguay, como parte reclamante y la República Federativa del Brasil, como parte reclamada, sobre la “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados procedentes del Uruguay”, ya que Brasil habría prohibido la concesión de licencias de importación de neumáticos recauchutados y usados para consumo o uso como materia prima. Esta medida restrictiva generó la reacción del Gobierno uruguayo, que inició el procedimiento arbitral, conforme lo establecido en el Protocolo de Brasilia.<sup>66</sup>

Brasil consideraba necesario prohibir la importación de neumáticos usados o reformados para la protección de la salud pública y del medio ambiente y para combatir la polución, siendo “público y notorio que son grandes y graves los daños

causados por el descarte y acumulación, a cielo abierto, de neumáticos usados, resultando en serio riesgo al medio ambiente y a la salud pública”. El tribunal arbitral decidió que la norma nacional era incompatible con la normativa del MERCOSUR, y en consecuencia que Brasil debía adaptar su legislación interna a fin de permitir la importación de neumáticos remoldados originarios de los países integrantes del bloque.

El conflicto entre la Argentina y el Uruguay consiste en la instalación de una planta de producción de pasta de celulosa perteneciente a la empresa finlandesa UPM-Kymmene (previamente propiedad de Metsä-Botnia), ubicada en territorio uruguayo y sobre las aguas binacionales del Río Uruguay, cerca de las poblaciones uruguayas de Fray Bentos y argentina de Gualeguaychú. Metsä-Botnia finalizó la construcción y puso en marcha la planta el 8 de noviembre de 2007.

La Argentina demandó a Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia argumentando que la instalación de las plantas de celulosa era contaminante y se había realizado en violación del Estatuto del Río Uruguay. Por su parte, Uruguay demandó a la Argentina ante el sistema de solución de controversias del Mercosur y ante la Corte Internacional de Justicia, argumentando en el primer caso que los cortes de ruta constituyen una violación al principio de libre circulación, y en el segundo caso, que los mismos son tolerados y utilizados por el gobierno argentino para presionar al gobierno uruguayo en las negociaciones referidas a la instalación de las plantas de celulosa.

En abril de 2006, Uruguay planteó -en el ámbito del MERCOSUR- un reclamo contra la Argentina para que se establezca si la Argentina incumplió el compromiso asumido en el Tratado de Asunción de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países, y para que se establezca cuáles serían las medidas futuras que debiera adoptar frente a nuevos cortes. Para resolver la controversia se siguió el sistema de solución de controversias del Mercosur que establece la formación de un Tribunal Ad Hoc, formado especialmente para resolver el caso.

El 06 de septiembre de 2006, el Tribunal Ad Hoc dictó el laudo por unanimidad dando lugar parcialmente al reclamo de Uruguay.<sup>67</sup> En tal sentido, el laudo establece lo siguiente:

*“la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada (la Argentina) debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso*

*corregir los cortes de las rutas (...) no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países. (...) el ejercicio del derecho de protesta ha sobrepasado en sus efectos los límites del respeto”, y que, si bien se comprende la “alarma” de la población de Gualeguaychú frente a la contaminación, sus manifestaciones “fueron perdiendo legitimidad” cuando “fueron acumulando agresiones al derecho de otras personas (...) por períodos extensos y en la época de mayor intercambio comercial y turístico.”*

Sobre el derecho de protesta, los jueces declararon que *“ni aún en el derecho argentino es absoluto” y que las restricciones al tránsito “pueden llegar a ser toleradas siempre que fueran tomados los recaudos necesarios para aminorar los inconvenientes que causare, de manera que no impliquen un sacrificio demasiado grande para otros intereses respetables”.*

El Tribunal declaró también que los bloqueos *“produjeron innegables inconvenientes que afectaron tanto al comercio uruguayo como al argentino” y aceptó la “buena fe” de la Argentina por “haber tenido razones para creer que actuó dentro de la legalidad”, pero advierte que “el carácter repetido y continuado de la actitud de condescendencia conforma un estándar de comportamiento ante el problema, que deja abierta la expectativa de que pudiera repetirse en el futuro si se dieran las mismas o parecidas circunstancias”.*

Por otra parte el Tribunal rechazó el pedido de Uruguay de indicar a la Argentina la conducta que debería adoptar en el futuro si se producen de nuevo los cortes y sostuvo que *“no resulta procedente en derecho que este Tribunal ‘Ad Hoc’ adopte o promueva determinaciones sobre conductas futuras de la Parte Reclamada”.* El Tribunal no se pronunció sobre la cuestión de eventuales indemnizaciones, ya que Uruguay no lo demandó, siendo que ello debería ser solicitado por quienes hayan sufrido los daños y perjuicios. La Argentina decidió no apelar el laudo ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR y, por lo tanto, constituye la decisión final referida a los bloqueos de ruta realizados desde fines de 2005 hasta principios de 2006.

En el año 2006, la Argentina y Uruguay llevaron el litigio al máximo tribunal de la ONU (Organización de Naciones Unidas) como último recurso para conseguir una solución. El 20 de abril de 2010, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) consideró que Uruguay ha violó un acuerdo bilateral con la Argentina al permitir la construcción y

funcionamiento de una planta de celulosa en las orillas del río que sirve de frontera entre ambos países. En el fallo, la Corte dictaminó que Uruguay incumplió con los procedimientos del tratado que data del año 1975, al no poner en marcha un mecanismo de consulta bilateral antes de autorizar la construcción de las papeleras. Si bien el fallo consideró que Uruguay no cumplió con las obligaciones establecidas en relación a la administración del río, la Corte señaló que no había quebrantado las medidas medioambientales. Agregó que la Argentina no pudo demostrar que la planta hubiera contaminado la zona y, por lo tanto, podría seguir funcionando. No fijó ningún tipo de compensación.

### **3.3. Las Disposiciones de la Comunidad Andina sobre el Medio Ambiente**

En la Comunidad Andina, las únicas normas que se refieren de una manera directa al medio ambiente son la Decisión 435 que crea el Comité Andino de Autoridades Ambientales (CAAAM), del 11 de junio de 1998; la Decisión 529: Creación del Comité Andino para la Prevención y Atención de Desastres (CAPRADE), del 07 de julio del 2002; la Decisión 591: Estrategia Andina para la Prevención y Atención de Desastres, del 10 de julio del 2004; la Decisión 596: Creación del Consejo de Ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Comunidad Andina, del 11 de julio del 2004; Decisión 614: Estrategia Andina de Desarrollo Alternativo Integral y Sostenible, del 15 de Julio del 2005; la Decisión 699: Elaboración de Indicadores Ambientales en la Comunidad Andina, del 10 de diciembre de 2008.

Sin embargo existen también normas que de una manera indirecta se refieren a la protección del medio ambiente, tales como la Decisión Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina o la Decisión 458 sobre Lineamientos de Política Exterior Común, donde se incluye como objetivo de dicha política, entre otros, la preservación del medio ambiente y la recomendación de impulsar políticas de desarrollo sostenible que atiendan los intereses subregionales y el seguimiento de los compromisos contraídos internacionalmente en especial en materia de preservación del medio ambiente y defensa de la biodiversidad.

Sin embargo en las Áreas de Acción para el desarrollo sostenible se esboza un mecanismo para actuar en la mesa de negociación internacional al esbozarse que se deben Adoptar posiciones conjuntas que permitan impulsar en los ámbitos regional e internacional políticas de desarrollo sostenible que atiendan los intereses subregionales y el seguimiento de los compromisos contraídos internacionalmente, especialmente en materia de preservación del medio ambiente y defensa de la biodiversidad.

También en la Decisión 459 sobre Política Comunitaria para la Integración y el Desarrollo Fronterizo existe un expreso mandato en su artículo 4, en el sentido que los objetivos de la política comunitaria para la integración y el desarrollo fronterizo debe asegurar la realización de acciones encaminadas a satisfacer las necesidades de infraestructura y destaca, entre otras, la preservación y conservación del medio ambiente, lo mismo que para el caso del turismo, en la Decisión 463 que debe *“fomentar el desarrollo integrado del turismo entre y hacia los Países Miembros para, entre otros “Promover la conservación, recuperación y uso sostenible de los recursos naturales y culturales vinculados con el turismo” y en tal sentido insta a los Países Miembros para que elaboren, en forma concertada, “programas, proyectos y acciones permanentes de promoción, inversión y cooperación técnica, económica, social y ambiental en el área de turismo” y señala que “para tal efecto, las Autoridades de Turismo de los Países Miembros identificarán proyectos de interés comunitario sustentados en criterios económicos, comerciales, sociales y ambientales, orientados hacia el desarrollo de los objetivos planteados en el artículo 2 de esta Decisión”.*

Lo mismo se señala en la Decisión 501 también sobre zonas de Integración Fronteriza en la Comunidad Andina para asegurar la sostenibilidad ambiental para el desarrollo social y económico y para mejorar la calidad de vida de sus respectivas poblaciones. La Decisión 666, sobre la Participación de la República de Chile en los órganos, mecanismos y medidas de la Comunidad Andina, en su condición de País Miembro Asociado, también incluye la participación de la República de Chile que es, a su vez miembro asociado del MERCOSUR y de la Comunidad Andina para que pueda convenir *“en cualquier momento, en el marco de las reuniones de la Comisión Mixta establecida a través de la Decisión 645, incluir en sus relaciones bilaterales CAN-Chile, el estudio y desarrollo de los temas que consideren pertinentes” y señala entre otros el tema del Medio Ambiente y del Desarrollo sostenible para “cooperar en programas y proyectos de interés común en desarrollo de la agenda ambiental andina, principalmente en materias relacionadas con el cambio climático, la biodiversidad, recursos hídricos y la prevención de desastres”.*

En lo que se refiere a la jurisprudencia andina sobre el medio ambiente debemos señalar que son relativamente escasos los casos que han llegado al Tribunal Andino sobre esta materia, pero cabría citar al respecto el Proceso 090-IP-2008 (acerca de la interpretación de la Decisión 197: Norma y Programa Subregional sobre Tecnología, Higiene e Inspección Sanitaria del Comercio de Ganado Bovino para Beneficio, Mataderos y Comercio de Carne Bovina), el Proceso 05-AI-2008 (acerca de la interpretación de la Decisión 436: Norma Andina para el Registro y Control de Plaguicidas Químicos de Uso Agrícola).

#### **4. Los Otros Temas**

Aparte de los temas antes sugeridos podría agregarse, en un futuro cercano el tema de la Defensa y Promoción de la Competencia que es materia de importantes decisiones comunitarias en la Comunidad Andina, pero por el momento resultaría excesivo incluirlo en esta primera etapa, en caso de aceptarse el planteamiento sugerido en esta tesis.

El Acuerdo de Cartagena dispone en su artículo 93 que la Comisión debe adoptar las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión. Fue en cumplimiento de dicho mandato que la Comisión adoptó en diciembre de 1971 la Decisión 45 la misma que luego fuera sustituida por la Decisión 285 que introdujo además de los temas tratados de prácticas de dumping y subvenciones, las restricciones a las exportaciones y las prácticas restrictivas de la libre competencia, la relación de causalidad entre las prácticas y los perjuicios que ocasionaría además de procedimientos más específicos para la aplicación de estas normas. Sin embargo, la Decisión 285 ha sido invocada solamente en cuatro oportunidades y solamente en dos de ellas la Secretaría General de la Comunidad Andina cumplió con iniciar las investigaciones correspondientes pero ni siquiera autorizó la aplicación de medidas correctivas.

El 29 de marzo de 2004, se aprobó la Decisión 608 mediante la cual se adoptan las normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina que hoy rigen en la Comunidad Andina, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena. Estos artículos facultan a la Secretaría General, a adoptar o autorizar las medidas necesarias para prevenir o corregir distorsiones en la competencia subregional.

Precisamente el error de concepción de la norma anterior y su estructura poco operativa fueron determinantes de que su aplicación fuera prácticamente nula durante los años de su vigor. Ello fue determinante para enmendar la norma vigente y sustituirla por otra que tuviera por objetivo principal la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, así como su promoción a nivel de los agentes económicos que operan en la Subregión.

En el caso del MERCOSUR la Libre Competencia se configura como un principio cardinal, “base del orden público económico que informa el ordenamiento jurídico que se plasma en el artículo 1 del Tratado de Asunción”<sup>68</sup> y su normativa existente en la Decisión CMC 21/94 sobre “Pautas Generales de Armonización para la Defensa de la

Competencia y en el Protocolo de Defensa de la Competencia". Estos instrumentos señalan que es de competencia exclusiva de cada Estado parte del MERCOSUR la *"regulación de los actos practicados en su respectivo territorio por persona física o jurídica de derecho público o privado u otra entidad domiciliada en él y cuyos efectos sobre la competencia a él se restrinjan"*.

Los dispositivos establecen un órgano específico que actúa dentro de la órbita de la Comisión de Comercio de MERCOSUR y debe intervenir solo si los efectos de la conducta o acto anti-competitivo trascienden las fronteras del Estado parte respectivo; de lo contrario cada Estado parte debe aplicar su legislación interna.

Si bien esta norma parte del concepto de establecer una cooperación horizontal entre las autoridades nacionales de la libre competencia y la autoridad subregional, de tal suerte que en tanto las primeras, por razones operativas, asuman el peso de la investigación de los hechos y la segunda la determinación de las medidas cautelares y el tipo de sanción aplicable, su inclusión en este primer acercamiento no sería recomendable por el momento.

#### **4.1. El modus operandi de la cooperación entre tribunales.**

Tanto la Unión Europea como los países de la AELC tienen las mismas disposiciones relativas al libre tránsito de mercancías por sus territorios, por lo que en el caso de los dos bloques sudamericanos debió haberse empezado con un tratado de libre tránsito de mercancías sin pensar por el momento en una Unión entre ambos bloques, lo que supone un grado de profundización que ni siquiera ha sido alcanzado en la misma Unión Europea. De hecho esos acuerdos podrían haberse hecho dentro del marco de ALADI en sendos acuerdos parciales de complementación económica.

Sin embargo, no sería difícil acceder a una norma común, tanto para el caso de la Comunidad Andina como del MERCOSUR, tanto en el caso del Transporte Multimodal como el de la Propiedad Intelectual y el de la Protección del Medio Ambiente que no encontrarían la misma resistencia inicial como sería el caso de la Defensa de la Competencia y la integración energética. Habría que verificar, en primer lugar, que sus normas comunitarias fueran idénticas, lo que no supone un mayor esfuerzo ya que en esencia son similares, como ha quedado debidamente indicado.



Este ejercicio podría hacerse en el marco de ALADI, y perfeccionarlo en sendos Acuerdos de Complementación Económica. Uno para cada tema y un tercero para diseñar el mecanismo de cooperación entre ambos tribunales regionales; donde, obviamente se destacaría el carácter vinculante de las opiniones de ambos tribunales así conformados.

Un solo artículo tanto en un Protocolo al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como en el del Protocolo de Olivos para el caso de MERCOSUR bastaría para establecer este mecanismo de cooperación, que, en principio, respetaría las otras competencias de los actuales tribunales regionales que, por su propia naturaleza, difieren básicamente entre sí por su carácter supranacional, en el caso de la Comunidad Andina, y en el carácter mixto intergubernamental/supranacional en el caso del MERCOSUR.

Las opiniones consultivas tanto del Tribunal Andino como las del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR una vez armonizadas entre ambos grupos serían vinculantes para los tribunales nacionales de ambos grupos subregionales pero específicamente solo para estos casos puntuales; los de transporte marítimo y multimodal, los de propiedad intelectual y los de protección del medio ambiente, cuyas normas sustantivas estarían basadas en una norma común para todos los tribunales del espacio sudamericano. Sería la partida de nacimiento de un futuro Tribunal de la UNASUR.

La decisión política estaría por cierto en elegir si la nueva norma comunitaria en estas materias seguiría, en el caso del transporte multimodal, las líneas maestras contenidas en el Convenio de Transporte Multimodal de 1980, en las que están basadas, con ciertas diferencias, las legislaciones tanto de los países del MERCOSUR como los de la Comunidad Andina o bien en las nuevas disposiciones del Convenio de Rotterdam y en el caso de la propiedad Intelectual y de la protección del medio Ambiente con las del ADPIC plus y respectivamente con las normas comunitarias existentes en ambos bloques.

De aceptarse este planteamiento se habrían sentado las bases para retomar el proceso de integración sudamericano que se ha consolidado sólo parcialmente en el aspecto político, pero sin haber entrado aún en aspectos de integración física que actualmente resultan vitales habida cuenta los significativos avances de la Iniciativa de la Integración Regional Sudamericana IIRSA, en la de la protección de los derechos intelectuales y en la defensa del medio ambiente.

El Acuerdo de Cartagena en sus artículos 104 y 105 destaca la necesidad de desarrollar una acción conjunta para lograr un mejor aprovechamiento del espacio físico, fortalecer la infraestructura y los servicios necesarios para el avance del proceso de integración económica de la subregión en los campos de la energía, los transportes y las comunicaciones con acciones conjuntas ante la Corporación Andina de Fomento y los organismos internacionales de crédito para asegurar la provisión de recursos financieros que se requieran.

En base a estas disposiciones el Tribunal Andino podría relanzar la iniciativa que tuvo en octubre de 2005 para convocar a un nuevo Encuentro de Magistrados, tanto de las cortes supremas y de los tribunales regionales del MERCOSUR como de la Comunidad Andina con una agenda específica, evitando tratar temas, que por su naturaleza no serían lo más indicados para lograr una armonización temprana, por sus evidentes implicancias políticas.

#### **4.2. La Descentralización de la Justicia Comunitaria.**

De ser de recibo las propuestas antes enunciadas se estaría conformando un verdadero Tribunal Sudamericano que bien podría ser el Tribunal de la UNASUR, que es el último mecanismo que ha diseñado la comunidad sudamericana para alcanzar su integración, pero basado, fundamentalmente, en aspectos que si bien atañen a la integración física guardan estrecha relación no solo con el marco económico comercial, sino fundamentalmente con la protección del sub continente, y por ende de la vida misma así como así como las facilidades para establecer los corredores necesarios y garantizar el libre tránsito de mercancías, especialmente para aquellos países mediterráneos como son Bolivia y Paraguay.

Esta premisa requiere, por cierto, una exégesis más profunda. Habría que buscar la forma de dinamizar aún más la posibilidad de la descentralización de la Justicia comunitaria que bien podría implementarse, para el caso de la Comunidad Andina, mediante el concurso de los Abogados Generales que se encuentra previsto en el artículo 6 del Tratado del Tribunal. En dicho artículo se dice, lacónicamente, que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en consulta con el Tribunal, puede crear el cargo de Abogado General, en el número y con las atribuciones que para el efecto se establezcan en el Estatuto del Tribunal, pero en ningún momento se ha definido el alcance, la naturaleza de dichas funciones y las competencias que deberían tener estos Abogados Generales en la labor de administrar justicia a nivel comunitario.

Pienso que existiría una alternativa que conviene explorar con el fin de agilizar la justicia comunitaria por un lado, y de otro descentralizarla de manera que pueda existir, por lo menos un juez comunitario en cada uno de los cuatro países que conforman actualmente la Comunidad Andina, que vendrían a ser lo que en los Estados Unidos de Norteamérica y en otras se conoce con el nombre de juez federal y que tendría jurisdicción y competencias específicas para actuar en cada uno de los países comunitarios, de manera que se podría de un lado descongestionar la carga procesal del Tribunal Andino y de otro, cumplir con la garantía esencial en la administración de justicia de la pluralidad de instancias, que es regla fundamental del debido proceso y que debería ser rigurosamente observada.

Un primer acercamiento sugiere que cada uno de los Abogados generales, que no podrían ser acreditados como tales en ninguno de sus países de origen, y que tendrían jurisdicción y competencia como si fueran verdaderos jueces de primera instancia para todas aquellas competencias que el tratado reserva al Tribunal en única instancia. Especialmente para dictar medidas cautelares que en muchos casos requieren de una presencia “in situ” por parte del juzgador, así como para comisionarlo para la práctica de determinadas diligencias y actuaciones, especialmente las relacionadas con la prueba en las acciones de incumplimiento, de nulidad y en las de la jurisdicción laboral.

Esta descentralización tendría además, la ventaja de que el Abogado General podría establecer una cooperación permanente con los magistrados nacionales y con las cortes nacionales para la divulgación del derecho comunitario y para facilitar el seguimiento de las consultas prejudiciales que emitiera el Tribunal Andino, y en este caso, especialmente las consultas prejudiciales en materia de propiedad intelectual e integración física.

#### **4.3. Los peligros y la tentación para abortar la iniciativa.**

El problema fundamental que subyace en los intentos de aproximación y de profundización de la integración sudamericana, como bien ha sido señalado por los análisis de economistas y politólogos, reposa en la percepción que los Estados miembros tengan de las ventajas y de los costos que dicha futura integración pueda tener, la misma que, por otro lado debe ser analizada de manera conjunta con sus implicancias constitucionales de cada uno de los países en los aspectos cruciales del mecanismo de solución de controversias y el problema de la equidad.<sup>69</sup>

En el caso del MERCOSUR el mecanismo de solución de controversias y de sanciones es muy débil en comparación con el existente en el caso de la Comunidad Andina y es difícil que pueda profundizarse, al menos por el momento, en esta dirección; especialmente por el sistema aprobado en el Protocolo de Brasilia que si bien el recurso existía éste estaba limitado a pocos casos y siempre se ha preferido la vía diplomática para solucionarlos. A esto se suma la evidente asimetría representada por el tamaño colosal del Brasil que cuenta con el 75% del Producto Bruto Interno del MERCOSUR, el nivel de la Tarifa Externa Común (TEC) que impide la definición del MERCOSUR como una unión aduanera; pero sobre todo en las políticas macroeconómicas, especialmente en las tasas de cambio que determinó una devaluación competitiva a favor de las producciones brasileñas, en las políticas fiscales, la reglamentación del mercado de trabajo, los costes de energía y las políticas comerciales hacia el exterior, todo lo cual lleva a la conclusión de que es la deficiente calidad “constitucional” del MERCOSUR lo que sería la causa de sus fracasos en la profundización de su integración.<sup>70</sup>

Estas razones también son válidas, pero en menor escala y dimensión, para el caso de la Comunidad Andina que ha sabido sin embargo diferenciar aquellos países de menor desarrollo económico como es el caso de Bolivia y del Ecuador con el caso de Colombia y del Perú, lo que se refleja en sus contribuciones al sistema andino de integración y al tratamiento diferenciado y preferente respecto de otros aspectos no menos importantes del proceso de integración regional.

El ejercicio de la cooperación entre ambos tribunales, en las materias específicas señaladas constituiría por eso no solo un gran avance en el proceso de integración al asegurar la interpretación uniforme de una normativa que, de hecho, pasaría a ser una normativa comunitaria de la UNASUR, sino que reforzaría la posición de ambos bloques en las negociaciones de Tratados de Libre Comercio, tanto a nivel bilateral y regional como también a nivel internacional en foros como el de las Naciones Unidas o el de la Organización Mundial de Comercio. Sería, además, una base sólida para el ejercicio de otras competencias para que en un futuro se pueda constituir en el garante de la legalidad de esa nueva comunidad de derecho, como el tribunal de la UNASUR.

## EPÍLOGO

Hace algunos años me hice la pregunta si era o no posible reconciliar estas diferencias y poder establecer un mecanismo de cooperación entre el TPR y el TJCA para lograr una interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario; ahora creo que como en ese entonces la respuesta es positiva por cuanto los hechos aquí relatados ofrecen evidencia suficiente que la vocación primigenia de la integración de América Latina, si bien aletargada y con derroteros diferentes, continúa vigente.

Lo ha sido especialmente bajo el indiscutible liderazgo del Presidente Luis Ignacio Lula Da Silva, que fue quien saludó la instauración de la “nueva fase” en el proceso de integración y que avaló elocuentemente con su presencia la inauguración del Tribunal Permanente de Revisión en Asunción, así como por las inequívocas manifestaciones de los Presidentes de ambos Grupos subregionales en sendas cumbres presidenciales, a las que hizo eco el entonces Secretario General de la Comunidad Andina Allan Wagner cuando lanzó la iniciativa para la construcción de un Espacio Económico Sudamericano; pero, sobre todo, por la histórica implantación del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, que, en halagadoras palabras en ese entonces tanto del árbitro brasileiro Joan Grandino Rodas, en la ceremonia de clausura de las jornadas sobre la “Contribución al Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR”. o, como recuerdo, cuando el entonces Vice-Canciller argentino habló de la creación del Órgano Jurisdiccional en el marco de la integración sub regional y, finalmente, del modo mas directo, el Canciller de Bolivia de ese entonces, Luis Ignacio Siles, que lanzó públicamente en ese histórico momento, la idea de un Tribunal de Justicia para todo el Espacio Sudamericano.

Creo también que los tiempos aconsejan dejar de lado, por el momento, la agenda del Acuerdo de Libre Comercio y del Arancel Externo Común, y concentrarse en los mecanismos de la integración física que es amplia y que tiene más posibilidades de llegar al hombre de la calle que es fundamentalmente el destinatario final para la que fue ideada y creada la Comunidad Andina, luego el MERCOSUR y ahora la UNASUR; para recordar que en un pasado no muy lejano y sin las vías de comunicación que ahora existen, compartíamos sin embargo, un ideal común, que nacía del corazón y no del cálculo, y que también como aquél tiene sus movimientos del diástole y el sístole, que van de la precaria individualidad a la de la promesa de un destino común.

---

- 1 Véase: Alzadora Traversa, “Medio Siglo por el Mundo”. Ediciones El Virrey, Lima 2008.
- 2 Véase al respecto: la recopilación en “Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana”, editada por José Vidal Beneyto y Ricardo Alonso García y otros. Fundación del Área Mediterránea Latinoamericana (AMELA) Pre-Textos 2009-46005, Valencia, España.
- 3 Véase: Vigil, Ricardo, “Solución de Controversias Intergubernamentales: enfoques multilaterales y regionales”, BID/INTAL, Montevideo 2004. Edición al cuidado del Embajador Julio Lacarte y Jaime Granados, págs.
- 4 Véase: El Comercio, Quito 22 de octubre de 2004, Pág. B5 y Vigil, Ricardo “Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones”. Quito, Ecuador, Págs. 171-177.
- 5 Véase: Nota de Prensa de la Comunidad Andina del 11 de octubre de 2004, bajo el título “Decisión política de integración sudamericana está ya tomada asegura Allan Wagner.
- 6 Véase: Reid, Michael: Forgotten Continent – The Battle for Latin América’s soul. Yale University Press, págs. 18 y 306)
- 7 Véase: Capítulo III, “Las Competencias del Tribunal Andino”.
- 8 Véase: Capítulo III, “Las Competencias del Tribunal Andino”.
- 9 Wilfredo Fernández, “El nuevo tribunal arbitral del MERCOSUR”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 12º año. Tomo I, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 2006, p. 605.
- 10 Artículos 2, 3 y 4 del Reglamento del Protocolo de Olivos.
- 11 Opinión Consultiva Nº 01/2007: “Norte S.A. Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, solicitud cursada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay con relación a los autos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción.

Opinión Consultiva Nº 01/2008: “Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos”, solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1º turno IUE 2-32247/07.

Opinión Consultiva N° 01/2009: “Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto”, solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2º Turno.

- 12 Roberto Puceiro Ripio, “Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 12º año. Tomo I, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 2006, p. 620.
- 13 [http://www.sieca.org.gt/publico/Reuniones\\_Presidentes/xiii/estatuto.htm](http://www.sieca.org.gt/publico/Reuniones_Presidentes/xiii/estatuto.htm) (30/03/2010).
- 14 César Ernesto Salazar Grande y Enrique Napoleón Ulate Chacón, Manual de Derecho Comunitario Centroamericano, Managua, Corte Centroamericana de Justicia, 2009, p. 372.
- 15 César Ernesto Salazar Grande y Enrique Napoleón Ulate Chacón, Manual de Derecho Comunitario Centroamericano, Managua, Corte Centroamericana de Justicia, 2009, p. 371.
- 16 Adolfo León Gómez, “El procedimiento de Consulta Prejudicial como proceso auxiliar del juez nacional”, en Seminario sobre la Consulta Prejudicial, Nicaragua, Centro de Altos Estudios de Derecho de Integración, 2003, pp. 15-16.
- 17 Véase: Vigil, Ricardo “Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones, ob.cit.
- 18 Véase: Gabriele Orcalli “La Constitución Económica del MERCOSUR”, en la Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma. Publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la UBA, Buenos Aires 2008)
- 19 Véase: sentencia Flaminio Costa del TJUE, de 15 de julio de 1964.
- 20 Véase: Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, 1991-10, pág. 1-6084.
- 21 Ver: Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, 1992-4, pág. 1-2825.
- 22 Véase: Vigil Toledo Ricardo “La solución de controversias en el derecho comunitario andino”. Conferencia sobre solución de controversias de comercio internacional, Centro de Conciliación y Arbitraje. Corte de Arbitraje Internacional del MERCOSUR. Banco Interamericano de Desarrollo. Montevideo, 15 y 16 de Abril de 2004.

- 23 Ver: Vigil, Ricardo, "El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y del MERCOSUR en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 12 años, Tomo I, págs. 653 y ss.ss.
- 24 Véase: Vigil, Ricardo, "Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones, Quito, Ecuador 2006, pág. 177.
- 25 Véase: 1) Convenio de las Naciones Unidas sobre el "Transporte Marítimo de Mercancías, 1998 (Reglas de Hamburgo); 2) Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de Embarque "Convención de Bruselas de 1924, conocida como "Reglas de la Haya"; y, 3) Protocolo Modificador de la "Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en materia de Conocimiento de Embarque "Convención de Bruselas.
- 26 Véase: Vigil, Ricardo "Uniformity & Community Law" en "Liber Amicorum, Profesor Francesco Berlingieri y ponencia en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Marítimo, Montevideo 2009).
- 27 Véase: "The Rotterdam Rules: An attempt to clarify certain concerns that have emerged" by Francesco Berlingieri, Genoa Italy; Philippe Delebeque, Paris, France, Tomotaka Fujita, Tokio, Japón, Rafael Illescas, Madrid, España, Michael Sturley, Austin, Texas, Grerttjan van der Ziel, Zurich, Switzerland y Stefano Zunarelli, Bologna, Italy) y, en contra parte: "A Response to the Attempt to Clarify certain concerns over the Rotterdam Rules", published 05 August 2009.
- <http://www.comitemaritime.org/draft/pdf/5RRULES.pdf> (30/03/2010).
- <http://www.unece.org/trans/wp24/wp24-inf-docs/24infdocs.html> (30/03/2010).
- 28 Véase: mas extensamente, Vigil, Ricardo "La Cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR" en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, 11 año, Tomo II Pág. 779, y 12 año Tomo I, Pág. 653 et seq.)
- 29 Véase: Vigil, Ricardo: "El nuevo Convenio de UNCITRAL y la Comunidad Sudamericana de Naciones" publicado en Revista de Estudios Marítimos, Edición del Centenario de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo. Ver también: Vigil, Ricardo: "Uniformity and Community Law" en Scritti in onore di Francesco Berlingieri publicado en "Il Diritto Marittimo 2010, Génova, Italia Pág. 115 et seq).
- 30 Véase: la página 05 de la Introducción.
- 31 Véase: "The Rotterdam Rules: An attempt to clarify certain concerns that have emerged" by Francesco Berlingieri, Genoa Italy; Philippe Delebeque, Paris, France, Tomotaka Fujita, Tokio, Japón, Rafael Illescas, Madrid, España, Michael Sturley, Austin, Texas, Grerttjan van der Ziel, Zurich, Switzerland y Stefano



Zunarelli, Bologna, Italy) y, en contra parte: “A Response to the Attempt to Clarify certain concerns over the Rotterdam Rules”, published 05 August 2009.

<http://www.comitemaritime.org/draft/pdf/5RRULES.pdf> (30/03/2010).

<http://www.unece.org/trans/wp24/wp24-inf-docs/24infdocs.html> (30/03/2010).

- 32 Véase: mas extensamente Vigil, Ricardo “Las Garantías Marítimas en la Comunidad Andina de Naciones” en *Il Diritto Marittimo* Fasc.III, 2001, Génova, Italia.
- 33 Véase: mas extensamente CORREA, Carlos “Acuerdo TRIPs” Régimen Internacional de la propiedad Intelectual, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires 1998.
- 34 PROCESO 34-AI-2001: Acción de Incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República del Ecuador, alegando incumplimiento de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal y 16 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha señalado en la sentencia que: “El artículo 16 de la Decisión 344 contiene una prohibición claramente determinada que constituye una opción de política comunitaria respecto de la concesión de patentes de segundo uso que ha sido asumida por el legislador andino y que ha sido ratificada expresamente por él al aprobarse el artículo 21 de la Decisión 486 de la Comisión, en términos idénticos a los consagrados en aquélla. Su sentido literal es claro y guarda completa armonía con las demás normas jurídicas que conforman el régimen común. Por ende, el simple hecho de atribuirse un uso distinto al originalmente comprendido por la patente inicial, no se constituye en posibilidad jurídica para la concesión de una nueva patente; esa determinación del derecho comunitario conlleva, adicionalmente, la prohibición a los Países Miembros, para el otorgamiento de derechos de patente para productos o procedimientos comprendidos ya en el estado de la técnica y que, por tal circunstancia, han perdido la virtud de la novedad, que se constituye en uno de los fundamentos básicos para la concesión de patentes en el Régimen
- 35 Capítulo 4: “Los regímenes de propiedad intelectual en las negociaciones del ALCA y del TLC Colombia-Estados Unidos”. Págs. 43-45.
- 36 “(...) de forma que se considere la posibilidad de que sean asumidos por todos los Países Miembros o aplicados por el País Miembro que lo considere, a través de su legislación interna”.
- 37 Como ejemplo se puede citar la normativa costarricense de propiedad industrial (Ley 8632 del 25 de marzo de 2008). En esta norma, se inicia una solicitud de compensación ante el Registro de la Propiedad Industrial. Se debe

presentar por escrito y dentro de los 03 meses siguientes al otorgamiento de la patente. La norma establece un límite máximo de compensación en 18 meses.

- 38 [http://en.wikipedia.org/wiki/Roche\\_Products\\_v.\\_Bolar\\_Pharmaceutical](http://en.wikipedia.org/wiki/Roche_Products_v._Bolar_Pharmaceutical) (15/06/2010).
- 39 [http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas\\_web/Decisiones/ES/Dec008095.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/Dec008095.PDF) (29/03/2010).
- 40 El artículo 26 del “Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en materia de Marcas, Indicaciones de procedencia y Denominaciones de origen” señala lo siguiente: “El presente Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción, entrará en vigor, para los dos primeros Estados Partes que lo ratifiquen treinta días después del depósito del segundo instrumento de ratificación. Para los demás signatarios entrará en vigor a los treinta días del depósito de los respectivos instrumentos de ratificación en el orden en que fueron depositados”.
- 41 En el “Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el MERCOSUR, en materia de Marcas, Indicaciones de procedencia y Denominaciones de origen” se señala lo siguiente: “Concordando que tales reglas y principios deben conformarse a las normas fijadas en los instrumentos multilaterales existentes a nivel internacional, en particular el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (Acta de Estocolmo de 1967) y el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, firmado el 15 de abril de 1994 como Anexo al Acuerdo que establece la Organización Mundial del Comercio, negociado en el ámbito de la Ronda Uruguay del GATT”.
- 42 Carlos María Correa, “Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual en el MERCOSUR”, en Derecho Económico Internacional, Encuentro Académico entre la Universidad Católica de Lovaina y la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2006, p. 25.
- 43 Decisión 322: Relaciones comerciales con países de ALADI, Centroamérica y el Caribe (25 de agosto de 1992).
- “(…)
- Artículo 3.- De no ser posible, por cualquier motivo, negociar comunitariamente, los Países Miembros podrán adelantar negociaciones bilaterales con los otros países de la región, en las cuales participe uno o más países del Grupo Andino.
- (…)”.
- 44 Decisión 598: Relaciones comerciales con terceros países (11 de julio de 2004).

“(…)

Artículo 2.- De no ser posible, por cualquier motivo, negociar comunitariamente, los Países Miembros podrán adelantar negociaciones bilaterales con terceros países.

(…)

Artículo 5.- Una vez concluida la negociación, se deberá dar aplicación al principio de la nación más favorecida de conformidad con el ordenamiento jurídico andino.

Artículo 6.- Las negociaciones comerciales autorizadas mediante la presente Decisión podrán tener como propósito el establecimiento de áreas de libre comercio, y podrán referirse a temas distintos a la liberalización del comercio de mercancías.

Artículo 7.- Se deroga la Decisión 322 de la Comisión de la Comunidad Andina.

(…)”.

- 45 Véase: Laurence R. Helfer, Karen J. Alter y M. Florencia Guerzovich en “Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 103, Nº 1, January 2009, págs. 1-47.
- 46 Véase: Laurence R. Helfer, Karen J. Alter y M. Florencia Guerzovich en “Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community” en *The American Journal of International Law* Vol. 103. No.1, enero 2009, Págs. 46 y 47.
- 47 Véase mas Extensamente “Declaración de Arequipa”, publicado como anexo en “Reflexiones en torno al la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones” por Vigil, Ricardo, Edición no venal, Quito, octubre de 2006.
- 48 Datos tomados de: [http://www.comunidadandina.org/agenda\\_ambiental.htm](http://www.comunidadandina.org/agenda_ambiental.htm).
- 49 ¿Y por dónde comenzamos? Prioridades de la Comunidad Andina ante el Cambio Climático”. Publicado por la Secretaría General de la Comunidad Andina. Oficina Regional para América Latina y el Caribe y la Agencia Española de Cooperación Internacional. 2007. Pág. 37.
- 50 El Niño es un fenómeno climático global. El nombre de “El Niño” se debe a pescadores del puerto de Paita al norte de Perú que observaron que las aguas del sistema de Corrientes Peruana o Corriente de Humboldt, que corre de sur a norte frente a las costas de Perú y Chile, se calentaban en la época de las fiestas navideñas y los cardúmenes o bancos de peces huían hacia el sur, debido a una corriente caliente procedente del Golfo de Guayaquil (Ecuador). A este fenómeno le dieron el nombre de Corriente de El Niño, por su asociación con la

época de la Navidad y el Niño Jesús. El nombre científico del fenómeno es Oscilación del Sur El Niño (El Niño-Southern Oscillation, ENSO, por sus siglas en inglés). Es un fenómeno con más de once milenios de historia climática.

[http://es.wikipedia.org/wiki/El\\_Ni%C3%B1o](http://es.wikipedia.org/wiki/El_Ni%C3%B1o) (01/06/2010).

- 51 Los Países Miembros del MERCOSUR han suscrito tanto la CMNUCC y el Protocolo de Kyoto.
- 52 Relevamiento N° 001/06, Medio Ambiente en el MERCOSUR. Editado por la Secretaría del MERCOSUR, p. 06.
- 53 Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D523.htm>
- 54 El CAAAM está conformado por las Autoridades Nacionales responsables del medio ambiente de cada país miembro. El comité se creó mediante la Decisión 435 el 11 junio de 1998. Dentro de sus responsabilidades se encuentra la formulación de propuestas de estrategias subregionales para el manejo sostenible de los recursos naturales.
- 55 <http://www.undp.org/spanish/mdgsp/mdgtablesp.pdf>.
- 56 <http://www.comunidadandina.org/desarrollo/seguimiento-johannesburgo.pdf>.
- 57 El Tratado de Asunción señala que: "Entendiendo que ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio".
- 58 Juan Novara, Integración económica, comercio internacional y medio ambiente. Enseñanzas para el MERCOSUR, IERAL Fundación Mediterránea – Fundación Honrad Adenauer, 1995, p. 100.
- 59 Ricardo Xavier Basaldúa, MERCOSUR y Derecho de la Integración, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p.267.
- 60 Ricardo Xavier Basaldúa, "MERCOSUR Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN", Pág. 267.
- 61 COUSILLAS, Marcelo J., "El régimen de evaluación del impacto ambiental en el MERCOSUR", Págs. 235 y 236, en MERCOSUR. Balance y Perspectivas, cit. 1996, Págs. 235 a 246.

- 62 JACOBO, Gabriel, "Protección del medio ambiente en los negocios internacionales", Pág. 223, en negocios internacionales y MERCOSUR, cit., Ad-Hoc, Buenos Aires, Págs. 218 a 239.
- 63 [http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas\\_web/Decisiones/ES/Dec\\_002\\_001\\_Marco\\_Med-Ambiente\\_MCS\\_Acta%201\\_01.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/Dec_002_001_Marco_Med-Ambiente_MCS_Acta%201_01.PDF) (29/03/2010).
- 64 Serie Temática, Año I N° 3, Julio 2002, Medio Ambiente en el MERCOSUR. Editado por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR - Sector de Documentación y Divulgación, p. 09.
- 65 Relevamiento N° 001/06, Medio Ambiente en el MERCOSUR. Editado por la Secretaría del MERCOSUR, p. 06.
- 66 Laudo 06: Laudo del tribunal arbitral Ad Hoc del MERCOSUR constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Federativa del Brasil sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados (remolded) procedentes de Uruguay. Presidente: Raúl Emilio Vinuesa (Argentina). Árbitros: Ronald Herbert (Uruguay), Maristela Basso (Brasil).
- [http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo\\_br\\_06\\_es\\_Prohib\\_importac\\_neumaticos.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo_br_06_es_Prohib_importac_neumaticos.pdf) (29/03/2010).
- 67 [http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo\\_arb\\_omision\\_estado\\_arg.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_arb_omision_estado_arg.pdf) (30/03/2010).
- 68 Julio Figueredo "Derecho de la Competencia e Integración Económica. La situación en el MERCOSUR". En cuadernos de Época. Serie Integración Económica 2, Editorial Ciudad Argentina.
- 69 Véase: Gabriele Orcalli: "La Constitución Económica del MERCOSUR" publicado en "La Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma", publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Primera Edición, Buenos Aires 2008 Pág. 31).
- 70 Véase: Gabriele Orcalli ob.cit. Págs. 34-36.

## **CONCLUSIONES**

### **PRIMERA**

Esta tesis explora la importancia histórica que tuvo la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, también llamado Tribunal Andino, en el proyecto de la reunificación de la América Latina contribuyendo de manera definitiva a reafirmar su vocación original. Luego de pasar revista a sus antecedentes, el ordenamiento jurídico al que sirve, describir su funcionamiento y sus competencias, propone una alternativa que ayude a evitar los errores cometidos en el pasado, resaltando el paso decisivo que se dio con su histórica implantación que confirmó la vocación de construir una verdadera comunidad de derecho, de naturaleza supranacional, como lo es ahora la Unión Europea.

### **SEGUNDA**

El derecho comunitario de la Comunidad Andina, al igual que el del MERCOSUR, es un Derecho nuevo, pero además, provisional o transitorio, ya que sirve a un proceso de integración, no sólo económica sino fundamentalmente político y social, para llegar a la unión o, en todo caso, a una confederación de Estados o repúblicas independientes.

### **TERCERA**

Una integración regional encaminada hacia esa meta debe empezar con un acuerdo básicamente comercial, que permita el libre tránsito de mercancías, para luego llegar a un libre tránsito de personas, un arancel externo común, una unión aduanera, una política exterior común, una moneda común y así sucesivamente hasta alcanzar la plena unidad; pero con una cuidadosa cronología, planificada de antemano, para no quedarse a medio camino confundiendo los medios puestos al servicio de este ideal como si fueran un fin en sí mismo.

## **CUARTA**

Un acuerdo de integración subregional, está dirigido no solo a mejorar el nivel de vida de sus habitantes, sino a eliminar la posibilidad de un conflicto bélico entre quienes lo conforman y sobre todo para llevar una sola voz en el concierto internacional. Esa fue y sigue siendo la razón fundamental y el catalizador para el nacimiento de la hoy Unión Europea, que ha sido la fuente de inspiración para la creación de la Comunidad Andina. Esa meta debe ser recordada constantemente para continuar el derrotero integrando primero a los Estados de la América del Sur para luego extenderse y abarcar toda la América Latina; incluyendo el Caribe.

## **QUINTA**

Para recorrer este largo proceso hacia la unidad resulta indispensable contar desde el inicio con un garante de su legalidad como lo hizo la Unión Europea y que, inconscientemente o inexplicablemente, de manera constante siempre se evita en todos los porfiados intentos de reunificación de América Latina. La sola excepción está en la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que, sin embargo, tuvo que esperar veinte años para su creación desde que se promulgara el Acuerdo de Cartagena que había dado nacimiento a esta nueva comunidad de derecho.

## **SEXTA**

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se compone, principalmente, de dos tipos de normas jurídicas: las llamadas “originarias”, “primarias” o “constitucionales”, que son las contenidas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de Creación del Tribunal Andino con sus protocolos modificatorios y las “derivadas” o “secundarias”, que son las contenidas en las decisiones del Consejo Andino de Cancilleres, de la Comisión de la Comunidad Andina y de las Resoluciones de la Secretaría General. También tienen este carácter los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de la integración subregional andina.

## **SÉPTIMA**

El Sistema Andino de Integración está conformado por los siguientes órganos e instituciones: El Consejo Presidencial Andino; El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; La Comisión de la Comunidad Andina; La Secretaría General de la Comunidad Andina; El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; El Parlamento Andino; El Consejo Consultivo Empresarial; El Consejo Consultivo Laboral; La Corporación Andina de Fomento; El Fondo Latinoamericano de Reservas; El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo.

## **OCTAVA**

Una norma constitutiva de cualquiera de los organismos que conforman el Sistema Andino de Integración no puede ser modificada ni alterada por una Decisión de los órganos comunitarios con capacidad de promulgar decisiones vinculantes, como son el Consejo Andino de Cancilleres y la Comisión de la Comunidad Andina. Sin embargo, si existiera conflicto entre una norma de aquellas con alguna de las señaladas como “primarias” o aún las “secundarias” de la Comunidad Andina, primarían éstas últimas ya que son normas comunitarias a diferencia de las constitutivas de los órganos del Sistema Andino de Integración, que si bien crean órganos que pueden o no ser parte del Sistema Andino de Integración, no dejan por ello de ser normas sujetas al derecho internacional.

## **NOVENA**

Solo el Consejo Andino de Cancilleres, la Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaría General, cuando promulgan normas de alcance general, y el Tribunal Andino, cuando por vía pretoriana interpreta las normas comunitarias como garante de la legalidad de su ordenamiento jurídico, están investidos de la facultad de promulgar normas vinculantes para todos los Países Miembros, las que gozan de primacía y efecto directo en su aplicación con respecto al derecho nacional de los Países Miembros y aún de los tratados que pudieran haber celebrado dichos Países Miembros con terceros países.

## **DÉCIMA**

La declaración del derecho comunitario andino está confiada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, creado por el tratado adoptado en Cartagena de



Indias, Colombia, el 28 de Mayo de 1979 y modificado por el Protocolo de Trujillo, Perú del 10 de marzo de 1996 y por el Protocolo de Cochabamba, Bolivia, de 25 de agosto de 1999, codificados por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, por mandato de la Disposición Transitoria Tercera del Protocolo de Cochabamba, en base a una Propuesta del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. También tiene competencia en ello, en parte, la Secretaría General de la Comunidad Andina.

### **DÉCIMO PRIMERA**

La demora en la creación del Tribunal Andino causó un daño irreparable que se haría latente mucho después, cuando arreciaron las deserciones y se pusieron en boga nuevas tendencias que cuestionaban la existencia de un Tribunal permanente y apostaban por una vuelta al viejo esquema de la mediación. Incluso, con una propuesta de instaurar un mecanismo arbitral para la solución de controversias entre los países miembros, en la parte más sensible y neurálgica de sus competencias: en las acciones de incumplimiento de los países miembros por violaciones al derecho comunitario. Esa posibilidad sigue pesando como verdadera “Espada de Damocles” dentro del ordenamiento jurídico primario del Acuerdo de Cartagena, por una modificación introducida en el protocolo de Cochabamba.

### **DÉCIMO SEGUNDA**

Con la histórica creación del Tribunal Andino de Justicia se dio el primer paso para que el esquema de integración para América del Sur se acercara al de la Unión Europea con las ventajas comparativas que le ofrecía su historia compartida, un mismo idioma y una misma estructura jurídica, que serían los pilares fundamentales para la construcción de la tan ansiada integración.

### **DÉCIMO TERCERA**

La Comunidad Andina ha sufrido el retiro de dos de sus miembros. Primero fue la República de Chile – que fuera uno de sus fundadores - a la que luego siguió la República Bolivariana de Venezuela. Ello refleja que no tiene aún, a pesar de sus cambiantes denominaciones, una estructura que la acerque, aunque sea solo parcialmente, a una federación de Estados que es la verdadera integración donde subyace el principio fundamental de la imposibilidad de retiro de uno de sus

miembros. Ello resulta impensable en los procesos actuales de integración aún cuando se le denomine “unión”, como es el caso de la propia Unión Europea o, en el caso de América del Sur, la Unión de Naciones Suramericanas, también llamada UNASUR.

#### **DÉCIMO CUARTA**

Ambos procesos, no obstante, son organismos “supranacionales” siguiendo la definición de uno de los padres de la Unión Europea, Robert Schuman, en el sentido que lo “supranacional” se sitúa a igual distancia del individualismo internacional - que considera como intangible la soberanía nacional y que solo acepta como limitaciones de esa soberanía a las obligaciones contractuales revocables - y del Federalismo de Estado, que se subordina a un súper Estado, dotado de soberanía territorial propia. Esta diferencia resulta fundamental para entender a cabalidad el proceso de reunificación latinoamericana donde constantemente se confunden estos términos.

#### **DÉCIMO QUINTA**

También es necesario distinguir el término de ley “supranacional” con el de ley “internacional” ya que muchas veces ésta última no tiene la fuerza coercitiva para hacer cumplir sus fallos, como es el caso de la Corte Internacional de Justicia. Si bien el término “supranacional” no tiene una definición precisa, es generalmente aceptado para designar a una Organización internacional que puede ejercer poderes directamente sobre competencias que de otra manera estarían reservadas exclusivamente para los Estados. Esta cualidad proviene naturalmente de una cesión parcial de soberanía, generalmente por medio de un mandato irrevocable en tanto y en cuanto el Estado soberano que la otorgue continúe siendo parte de dicho Organismo internacional.

#### **DÉCIMO SEXTA**

En el tratado de la Unión Europea no hay una provisión específica que permita el retiro de un Estado miembro luego de haber sido incorporado, a diferencia del Acuerdo de Cartagena que no solo lo permite sino que expresamente lo regula en el artículo 135 del Acuerdo de Cartagena y que ha sido interpretado por el Tribunal Andino de Justicia con ocasión del retiro de la República Bolivariana de Venezuela.

## **DÉCIMO SÉPTIMA**

En el caso de la Unión Europea, si bien no hay una disposición específica al respecto, ha habido una serie de casos donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha señalado inequívocamente que los mandatos conferidos por los Estados Miembros a la Unión son irrevocables salvo, por cierto, el caso del retiro mismo del acuerdo subregional, como claramente lo ha establecido la Corte Constitucional de la República Federal Alemana en el caso Maastricht.

## **DÉCIMO OCTAVA**

El Acuerdo de Cartagena está en línea con la Constitución de la Unión Europea al respecto, pero si bien admite la revocación de la cesión parcial de soberanía en el acto de retiro, subsisten sin embargo, con el mismo carácter, los mandatos específicos que ha señalado el Tribunal Andino de Justicia en la interpretación auténtica del artículo 135 del Acuerdo de Cartagena. En tales casos si se produjera una controversia en la aplicación o la interpretación de aquellos artículos, cuya vigencia se extendería por un plazo de cinco (05) años desde la fecha de la denuncia, ésta tendría que ventilarse en el mecanismo de solución de controversias de otros foros, como lo ha señalado específicamente el Tribunal Andino de Justicia, declinando su eventual jurisdicción en tales casos.

## **DÉCIMO NOVENA**

La barrera que divide los procesos de integración en América Latina es el salto cualitativo de la intergubernamentalidad a la supranacionalidad. La Comunidad Andina tiene una base supranacional, aunque parcial, lo mismo que la Unión Europea. Los otros sistemas de integración regional, como el del MERCOSUR y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y ahora último la UNASUR, mantienen una base intergubernamental basada en la cooperación, lo que se refleja en sus respectivos mecanismos de solución de controversias, aún cuando en el caso del MERCOSUR su Tribunal Permanente de Revisión es el primer órgano con algunos caracteres supranacionales.

## **VIGÉSIMA**

El carácter supranacional de la Comunidad Andina se reafirmó en el Protocolo de Cochabamba, con las modificaciones introducidas y que ahora constan en los artículos 26 y 27 del propio Acuerdo de Cartagena, al dotar con ese carácter a las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina y las Resoluciones de alcance general de la Secretaría General. En el tratado original el proceso de adopción de las decisiones era similar al de las decisiones intergubernamentales, por cuanto éstas debían adoptarse por consenso, es decir, si bien no necesariamente por unanimidad al menos sin el veto de alguno de los Países Miembros.

## **VIGÉSIMA PRIMERA**

La supranacionalidad se sitúa en un término medio entre la intergubernamentalidad, propia del derecho internacional que lleva consigo el paradigma del consentimiento, y de la federación, donde la cesión de soberanía es irrevocable y la secesión inadmisible.

## **VIGÉSIMO SEGUNDA**

La histórica implantación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) significó el fin del paradigma del “consentimiento” existente en el derecho internacional para acceder a la justicia comunitaria.

## **VIGÉSIMO TERCERA**

El Tratado de Roma para el caso de Europa, al igual que los dos tratados de Cartagena de Indias, el de la Creación del Acuerdo de Cartagena y el de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sus ampliatorias y modificatorias, para los países andinos, son las verdaderas constituciones de la creación de las Comunidades de derecho conocidas como la Unión Europea y la Comunidad Andina.

## **VIGÉSIMO CUARTA**

El Tribunal Andino está actualmente integrado por cuatro magistrados. Los requisitos para acceder a dicha magistratura son los mismos exigidos en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Deben ser nacionales de origen de los Países Miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia, el último añadido, el de ser “jurisconsultos de notoria competencia” se presenta como una alternativa en caso que un aspirante no reúna los requisitos antes señalados. Está inspirado en el artículo 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y en el tratado que estableció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE); pero resulta equívoco para el caso de la Comunidad Andina, donde debió, en todo caso, ser un requisito concurrente.

## **VIGÉSIMO QUINTA**

El término del mandato de los magistrados debería ser por nueve años fijos y la reelección prohibida. Dicho precepto, empero, no se aplicaría para los magistrados suplentes que no hayan reemplazado al principal por más de un período superior a un año calendario. La sola posibilidad de la reelección, aunque sea por una sola vez, afecta la independencia de los jueces del Tribunal que es el valor supremo con que debe estar premunido el cargo para garantizar su objetividad.

## **VIGÉSIMO SEXTA**

En el caso del Tribunal Andino se podría incluir en el Reglamento Interno que, a diferencia del mecanismo utilizado en el Tribunal Europeo, el que se abstuviera de votar en casos de empate en una causa fuera el Magistrado Ponente o Sustanciador. Ello tendría la ventaja, frente a la fórmula del Tribunal Europeo, que la decisión en caso que se produjera discordia o empate quedaría definida en el mismo acto de la distribución o asignación de causas que ingresan al Tribunal las que son, sin excepción, asignadas por estricto sorteo.

En tales casos, el Magistrado Ponente o Sustanciador, se inhibiría de participar en la votación, mas no así en las deliberaciones donde en el eventual caso de

producirse un empate, su informe o ponencia se asemejaría a una opinión no vinculante para el resto de Magistrados deliberantes.

## **VIGÉSIMO SÉPTIMA**

En caso se ampliaran las competencias del Parlamento Andino en materia de ejecución presupuestaria, resultaría imperativo proceder a un cambio cualitativo del control externo presupuestal. Actualmente, tanto el presupuesto del Tribunal de Justicia como el de la Secretaría General son aprobados anualmente por la Comisión de la Comunidad Andina, generalmente en sesión reservada, aún cuando el Tribunal de Justicia, desde hace seis años somete el examen de sus cuentas a una auditoria externa y en el momento de someterlo a la aprobación de la Comisión acompaña dicho informe, sin que ello sea preceptivo.

En tanto no se apruebe la creación de un Tribunal de Cuentas Comunitario para el Sistema Andino de Integración sería recomendable que la Secretaría General de la Comunidad Andina, como órgano ejecutivo del Acuerdo de Cartagena, siguiera también esta sana práctica, para garantizar la transparencia en el manejo y destino de los fondos que les son confiados por los Países Miembros.

## **VIGÉSIMO OCTAVA**

El nombre de Tribunal de Cuentas no es el más apropiado, ya que en todo caso ejerce funciones distintas a las de un Tribunal. En efecto, en el caso del Tribunal de Cuentas de la Unión Europea, recuerda la antigua designación que tenían las actuales Contralorías Generales en los países de la Comunidad Andina.

## **VIGÉSIMO NOVENA**

Las competencias del Tribunal Andino, están definidas en el Tratado de Creación del Tribunal y reglamentadas en su Estatuto y son una transposición de las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, a su vez, lo fueron de las Competencias del Consejo de Estado francés en el procedimiento contencioso administrativo. Existen, empero, importantes diferencias en el ejercicio de estas competencias, sobre todo en lo que respecta al acceso de los particulares a la justicia comunitaria.

## **TRIGÉSIMA**

El Tratado de Creación del Tribunal Andino solo dedica seis artículos para disciplinar la Acción de Nulidad y su Estatuto otros seis, pero la jurisprudencia del Tribunal ha definido los alcances y las limitaciones para el ejercicio de esta competencia.

## **TRIGÉSIMA PRIMERA**

En lo que respecta al acceso de los particulares, en la Acción de Nulidad, ya sean personas naturales o jurídicas, el Tribunal ha definido, con mucha liberalidad, el concepto de “interés legítimo” para poder ejercerla, interpretando que dicha calidad reposa en el mero hecho de ser un individuo que se beneficia directamente del ordenamiento jurídico andino donde los particulares tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de sus legítimos intereses inevitablemente comprometidos en virtud de las iniciativas y de los riesgos que están llamados a asumir, por ser destinatarios del proceso de integración andino. En consecuencia, basta acreditar que el actor es nacional de un país que pertenece a la Comunidad Andina para poder ejercitarla.

## **TRIGÉSIMA SEGUNDA**

La Acción de Nulidad en la Comunidad Andina es objetiva, constituye un verdadero proceso al acto jurídico mismo, donde no se busca resguardar los derechos de los particulares, sino ejercer un control objetivo, directo y abstracto de la norma. Los Países Miembros sólo pueden intentar la Acción de Nulidad en relación con aquellas decisiones o convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo, lo que no es de aplicación extensiva a las personas naturales o jurídicas. Sin embargo, el requisito de admisibilidad, de que dicho País no haya aprobado el acto acusado de nulidad con su voto afirmativo, resulta contradictorio, siendo que la objetividad sólo opera plenamente en el caso de los particulares.

## **TRIGÉSIMA TERCERA**

El plazo para interponer esta acción es de dos años desde la entrada en vigor de la norma impugnada. Sin embargo, aunque hubiera vencido el plazo, cualquiera de las partes en un proceso judicial, puede plantear ante los jueces nacionales, la inaplicabilidad de una norma comunitaria a un caso concreto, si es que ésta contraviene el ordenamiento jurídico comunitario.

#### **TRIGÉSIMA CUARTA**

La interposición de la Acción de Nulidad no afecta la eficacia o vigencia de la norma impugnada, pero el Tribunal, a pedido de parte, puede ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la decisión, resolución o convenio o disponer otras medidas cautelares si pudiera causar al demandante perjuicios irreparables.

#### **TRIGÉSIMA QUINTA**

La Acción de Incumplimiento, disciplinada en los artículos 23 al 31 del tratado del Tribunal y en los artículos 107 al 120 de su Estatuto, sigue la misma estructura que el caso de la Unión Europea, pero facilita un mejor acceso a los justiciables particulares a diferencia de la vigente en el caso del Tribunal de la Unión Europea.

#### **TRIGÉSIMA SEXTA**

Los particulares que tengan un derecho subjetivo afectado pueden iniciar la acción de incumplimiento bien con una denuncia ante la Secretaría General de la Comunidad Andina, o ante el juez nacional.

#### **TRIGÉSIMA SÉPTIMA**

Los justiciables particulares han preferido la acción directa ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina porque así obtienen el doble beneficio, por un lado que el Tribunal ordene al país infractor que adopte las medidas necesarias para hacer cesar el incumplimiento declarado y se abstenga de emitir nuevas medidas de esa naturaleza y de otro, si el País Miembro remiso no cumple el mandato, incurre en desacato y es sancionado con la imposición de gravámenes sobre sus exportaciones.



Además, con el resultado de esa opción tiene expedito su derecho para reclamar, ante el Juez Nacional, los daños y perjuicios que le haya ocasionado el incumplimiento declarado por el Tribunal.

### **TRIGÉSIMA OCTAVA**

La referencia a la inclusión en la Tercera Disposición Transitoria del Protocolo de Cochabamba de autorizar una eventual enmienda en el ejercicio de la competencia del Tribunal en las acciones de incumplimiento en el sentido de crear un mecanismo arbitral para los casos en que los Países Miembros, *“que persistan al pronunciamiento de la Secretaría General”*, es incompatible con lo expresamente señalado en el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

### **TRIGÉSIMA NOVENA**

Para que un particular pueda ejercer la Acción de Incumplimiento, es requisito indispensable que acredite que es titular de un derecho subjetivo conculcado con el pretendido incumplimiento y no basta, para el caso, acreditar simplemente un interés legítimo. Hay error, en tal sentido, en el artículo 49 literal b) del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina toda vez que se encuentra en contradicción con lo indicado en el propio Tratado de Creación del Tribunal en su artículo 25, que es el que debe primar, como lo ha señalado para el caso el propio Tribunal Andino en el Proceso No. 75-AI-2001 publicado en la Gaceta Oficial No. 825 del 1 de Agosto de 2002.

### **CUADRAGÉSIMA**

Cuando el juez nacional declare la nulidad de una norma nacional en un proceso iniciado por un particular porque estaba en oposición a una norma comunitaria, el afectado puede solicitar luego la correspondiente indemnización por daños y perjuicios ante el juez nacional, alegando que mediante dicho incumplimiento se han afectado sus derechos, de conformidad con el principio de la responsabilidad patrimonial de los Países Miembros por infracción del derecho comunitario andino.

### **CUADRAGÉSIMA PRIMERA**

Las instituciones comunitarias si bien están obligadas a descargar sus obligaciones dentro de los plazos que establece la norma respectiva y por tanto podrían ser responsables por los daños y perjuicios por su demora, sin embargo ello no acarrea la nulidad del acto administrativo, ya que la inobservancia de un plazo no afecta la sustancia del acto ni tampoco el debido proceso pues el ordenamiento jurídico comunitario otorga al actor un medio específico de defensa contra la inacción de la administración, mediante el Recurso de Omisión. Sin embargo, la eventual responsabilidad que podría sobrevenirle a dichas instituciones por dicha causa, aún cuando no estén señaladas específicamente en las normas primarias y secundarias del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, se deriva de un obiter dictum del Tribunal Andino dado en el Proceso 214-AN-2005.

## **CUADRAGÉSIMA SEGUNDA**

Por regla general, el régimen sancionatorio por un incumplimiento consiste en determinar los límites dentro de los cuales el resto de los Países Miembros podrán restringir o suspender al País Miembro remiso, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que lo benefician autorizándolos para que impongan un gravamen adicional a las importaciones de productos que en mayor volumen se efectúen a su territorio, procedentes y originarias de dicho país.

## **CUADRAGÉSIMA TERCERA**

El mecanismo de la Consulta Prejudicial, ha sido reconocido como la pieza clave en la construcción de la Unión Europea. También lo es en el caso del Tribunal Andino y es a través de este mecanismo que se podría efectuar un primer acercamiento real para la integración subregional. De instaurarse constituiría el primer paso para erigir un garante de la legalidad del proceso aún cuando, en una primera etapa, debería estar restringida a competencias específicas, vinculadas especialmente a fortalecer la integración física en la subregión.

## **CUADRAGÉSIMA CUARTA**

La experiencia en el Tribunal recomienda que en muchos casos de interpretaciones prejudiciales, sobre todo en lo que se refiere a consultas sobre el derecho comunitario de la propiedad intelectual, el Juez Nacional quedaría eximido de la obligación de remisión de la Consulta Prejudicial cuando el dispositivo legal en

cuestión haya sido interpretado en una jurisprudencia de observancia obligatoria, declarada como tal por el Tribunal Andino de Justicia. Es lo que en doctrina se denomina el “Acto Claro”, que si bien antes se justificaba su no aplicación por la superposición de normas comunitarias contenidas en las Decisiones 85, 311, 313, 344 y 486, en la actualidad la gran mayoría versan exclusivamente sobre la aplicación de la Decisión 486 que el Tribunal ha interpretado extensamente y de manera uniforme, por lo que se debería aplicar en lo sucesivo, cuando corresponda, dicha doctrina.

A fin de implementar el acto claro en la Comunidad Andina, podría darse señalando que: *“En ambos casos, el Juez Nacional quedará eximido de la obligación de remisión de una consulta prejudicial, cuando el dispositivo legal a interpretar, haya sido interpretado en una jurisprudencia de observancia obligatoria, declarada como tal por el Tribunal Andino de Justicia”*.

#### **CUADRAGÉSIMA QUINTA**

El mecanismo de la Consulta Prejudicial podría simplificarse si se pudiera coordinar con los tribunales nacionales de los Países Miembros, el uso de nuevas tecnologías que den lugar a un procedimiento simplificado de Justicia Digital, con las garantías de seguridad del caso. Como consecuencia de ello disminuiría considerablemente la carga procesal y se podría pensar en una modificación en el horario y residencia de los Magistrados, de manera que solo el Presidente, y en su caso quien le reemplace, tenga residencia obligatoria en la sede del Tribunal, quien debidamente asistido tramitaría las acciones tanto de nulidad como de incumplimiento dejando la Audiencia y la deliberación para la sentencia al pleno del Tribunal.

#### **CUADRAGÉSIMA SEXTA**

El Tribunal Andino es competente para ejercer la función arbitral en controversias suscitadas por la aplicación o interpretación de contratos, o convenios suscritos entre órganos del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros cuando así sea acordado por las partes. Asimismo, la tiene para actuar en la solución de las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Así puede actuar en diferentes campos en el ejercicio de esta competencia, como podrían ser, entre otros, en el derecho de la propiedad intelectual, el derecho de los seguros, el transporte multimodal que están regulados en sendas decisiones adoptadas por la Comisión de la Comunidad Andina y que, en consecuencia,

gozan de los atributos de la norma comunitaria, es decir, del efecto directo y de la primacía frente a las legislaciones nacionales. Esta es una valiosa innovación y un gran aporte y sorprende que no se haya hecho uso de dicha facultad por la comunidad comercial.

#### **CUADRAGÉSIMA SÉPTIMA**

Es urgente disciplinar la competencia de la jurisdicción laboral tanto en el Tratado como en su Estatuto. Se podría tomar como referente en tal sentido el Estatuto del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas establecido en virtud de la resolución 351 A (IV) de la Asamblea General de 24 de noviembre de 1949. Sin embargo, sería conveniente que cada uno de los órganos del Sistema Andino de Integración tuviera su propio Tribunal Administrativo, con una apelación directa al Tribunal Andino, para garantizar la pluralidad de instancias, que es una garantía fundamental de las reglas del debido proceso.

#### **CUADRAGÉSIMA OCTAVA**

Tanto la Comunidad Andina como el MERCOSUR no han sabido aprovechar la ventaja comparativa que le otorgaba un idioma y un sistema jurídico común que de suyo, les permitiría alcanzar un alto grado de uniformidad en la interpretación y aplicación de la legislación internacional, especialmente la que versa sobre transporte, propiedad intelectual y protección del medio ambiente, que son los temas de actualidad junto con los tratados de libre comercio. El hecho que tuvieran una normativa común entre ellos serviría para potenciar en los foros internacionales una posición armonizada que los fortalecería en la mesa de negociación y que les ayudaría a profundizar la integración regional.

#### **CUADRAGÉSIMA NOVENA**

Los foros y organizaciones creadas con la finalidad de propender a la integración económica, comercial y de integración física regional, tales como el Sistema Económico Latinoamericano (SELA) y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) se verían fortalecidos si llevaran una sola voz coordinada a la mesa de negociación internacional y tuvieran, como base, una misma norma común interpretada y aplicada de manera uniforme en todo el espacio económico

sudamericano. De lograrse este primer paso, podría extenderse, en su oportunidad, a todo el ámbito latinoamericano.

## **QUINCUAGÉSIMA**

Las competencias del Tribunal Andino, tomadas de la estructura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), con algunos matices distintivos, han sido aceptadas y no solo han sobrevivido hasta el presente sino que se han erigido como verdaderos garantes de la legalidad del pacto subregional. Es, sin embargo, difícil pensar que dicha estructura pudiera ser implantada de inmediato a la recientemente creada Unión de Naciones Suramericanas o UNASUR, que tiene, por el momento, una naturaleza intergubernamental, basada en la coordinación para una aproximación en temas de política exterior y en la cooperación regional.

## **QUINCUAGÉSIMA PRIMERA**

En lo que se refiere al Transporte Multimodal el primer paso que hay que dar en esta dirección es consolidar la norma regional vigente la misma que, con algunas variantes, existe tanto en los países de la Comunidad Andina como en los del MERCOSUR. En este último caso dicha norma que fue adoptada bajo los auspicios de la ALADI, su aplicación, en el caso de la República Oriental del Uruguay, se encuentra suspendida por el Tribunal Administrativo de dicho país por ser contraria a sus disposiciones nacionales. Este es un aspecto que debería ser considerado seriamente a fin de adecuar la legislación nacional de dicho país al convenio regional. En lo que respecta a los Países de la Comunidad Andina habría que revisar el límite de responsabilidad de las Decisiones 331 y 393, toda vez que es menor que la del Convenio de 1980 y podría prevenir la adhesión o ratificación de dichos países a dicho Convenio.

## **QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA**

Conviene revisar el status de los acuerdos de la ALADI, frente a las legislaciones nacionales, ya que si no se corrigen estas observaciones se estaría bloqueando la posibilidad de contar con una norma comunitaria uniforme para todo el Espacio Económico Sudamericano y constituiría un obstáculo para el proceso de integración subregional, lo que afectaría la posibilidad de contar con un Tribunal Independiente, conformado por representantes de todos los países de esta nueva

comunidad de derecho, que garantice una interpretación uniforme y vinculante de dicho acuerdo.

### **QUINCUAGÉSIMA TERCERA**

En general, con respecto a los convenios internacionales sobre transporte marítimo y multimodal, habría que seguir el ejemplo que adoptara la Comunidad Andina en lo que respecta al caso de las garantías marítimas, que fue la de refundir en una sola norma, - la Decisión 487 -, el contenido de los Convenios Internacionales sobre la Hipoteca Naval y el Embargo Preventivo de Buques bajo el nombre genérico “De las garantías Marítimas”. Esta aproximación pragmática ha facilitado a los países de dicha región el acceso a dichos convenios; y, en su caso, a colaborar para ponerlos en vigencia, como es el caso del Convenio Internacional sobre la Hipoteca Naval y los Privilegios Marítimos, pero sobre todo aún para el caso de los que no han entrado en vigor, como es el Convenio del Embargo Preventivo de Buques, por el mérito de la Decisión Andina su contenido se aplica plenamente en dichos países al haber sido incorporado como norma comunitaria.

### **QUINCUAGÉSIMA CUARTA**

Independientemente de revisar el status jurídico del transporte multimodal en toda América del Sur, ALADI también debería emprender el estudio de las llamadas “Reglas de Rotterdam” para contrastarlas con el régimen actualmente en vigencia en la subregión para recomendar si conviene o no adherir a ellas lo que, en este último caso, implicaría ciertamente modificaciones importantes en las decisiones andinas y en la actual legislación promulgada por la ALADI al respecto.

Como es sabido todos los países que conforman la UNASUR, tienen una legislación sobre la materia, en base al Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal 1980. En teoría deberían proceder a ratificar o en su caso acceder a este Convenio, lo que no solo reforzaría la legislación vigente en la materia en todo este vasto territorio, sino que también sería determinante para poner en vigor dicho Convenio, ya que sus condiciones no solo son compatibles con el mismo sino que toda la legislación de la región ha sido creada en base a dicho convenio, lo que le daría un verdadero respaldo internacional.

### **QUINCUAGÉSIMA QUINTA**

Se debería invitar a la República de Surinam y la Guyana para que se adhieran a la actual legislación vigente de los restantes países de la ALADI en esta materia para obtener una legislación uniforme al respecto; incluyendo la eventual alternativa de adherirse, o no a las “Reglas de Rotterdam”, con la prevención de que en tal caso habría que derogar la legislación comunitaria vigente ya que de lo contrario los países que la conforman incurrirían en un manifiesto incumplimiento respecto de las mismas.

### **QUINCUAGÉSIMA SEXTA**

En lo que respecta a la Propiedad Intelectual, la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, sigue de cerca e implementa el Acuerdo TRIPS de la Organización Mundial de Comercio OMC. En el caso del MERCOSUR se encuentra vigente el Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen que es anexo al Tratado de Asunción de 1995. De acuerdo con la normativa del MERCOSUR dicho protocolo debe ser ratificado por los Parlamentos de los cuatro Estados Partes del MERCOSUR y hasta el momento solo lo han hecho Paraguay y Uruguay. En la Argentina y Brasil en cambio continúan aplicando las normas nacionales de propiedad intelectual, las cuales también se encuentran en armonía con lo que señala el Acuerdo TRIP's. de la OMC. Brasil, de hecho, ha reproducido el Acuerdo como norma interna. En términos generales, una armonización en este tema, sobre todo en los aspectos secundarios no contemplados en el Acuerdo TRIP's de la OMC no parece difícil.

### **QUINCUAGÉSIMA SÉPTIMA**

Si bien es plausible la producción legislativa, ésta se refiere más que nada a aspectos administrativos y de la creación de un marco de cooperación entre las distintas autoridades de medio ambiente y desarrollo sostenible, pero no existe una norma comunitaria que regule de manera integral la protección del Medio Ambiente y que fomente el Desarrollo Sostenible, como ha sido el caso de la propiedad intelectual o del transporte multimodal.

En consecuencia, no existe en la actualidad un cuerpo normativo que desarrolle en forma específica la Protección y la defensa del Medio Ambiente y que fomente el Desarrollo sostenible en todo el espacio comunitario andino y en el de los países del

Mercosur. Casi todas las normas comunitarias se refieren a la creación de comités, y estrategias pero no existen normas preceptivas que puedan incorporarse al derecho comunitario andino y en general a la legislación sudamericana, ya que su contenido es básicamente transfronterizo.

Esta nueva competencia tendría además, relación directa con las otras alternativas elegidas para ser tratadas como temas de convergencia centrípeta con el proceso de integración sin entrar, por el momento, en aspectos con una incidencia política que tendrían, un efecto centrífugo, habida cuenta de la diversidad ideológica imperante dentro de la subregión.

Se deberá propiciar la gestión integrada de los recursos hídricos en la subregión y promover un mayor acceso de la población a los servicios de agua y saneamiento, que son acciones previstas en la Agenda Ambiental Andina.

#### **QUINCUAGÉSIMA OCTAVA**

Los académicos Lawrence R. Helfer, Karen J. Alter y Florencia Guerzovich, en el artículo publicado en la *American Journal of International Law* Vol. 103, Nº 1, de enero de 2009, han realizado un estudio en profundidad donde concluyen que a través del Mecanismo de la Interpretación Prejudicial, el Tribunal Andino ha contribuido a establecer lo que ellos llaman “una isla de jurisdicción efectiva” para los casos donde se ventilan los derechos sobre la propiedad intelectual en los tribunales administrativos y judiciales de la Comunidad Andina. Esa ha sido la semilla que ha permitido vislumbrar la posibilidad de la creación de un Tribunal de Justicia para la Comunidad Sudamericana de Naciones, hoy llamada Unión de Naciones Suramericanas o UNASUR, empezando con la creación de un mecanismo de consultas prejudiciales en los temas que han sido materia de esta tesis.

#### **QUINCUAGÉSIMA NOVENA**

El primer paso para la construcción de una Corte Suprema Sudamericana se dio en el Primer Encuentro de las Cortes Supremas y de los Tribunales Comunitarios de la Comunidad Andina y del Mercosur en Lima y Arequipa del 12, 13 y 14 de octubre de 2005. La Convocatoria para su reactivación en un Segundo Encuentro, simbólicamente convocado en Cartagena de Indias, donde nació la Comunidad y donde se promulgó el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad



Andina, debería continuar con lo que se expresó en el Primer Encuentro que era *“activar espacios de reflexión jurídica conjunta dirigidos a facilitar la participación temprana de dichas magistraturas en la tarea común de contribuir al desarrollo de un espacio sudamericano integrado.” Y donde claramente se hizo especial énfasis “en el beneficio que las opiniones consultivas de ambos tribunales podrían implicar para una aplicación homogénea de las normas en los procesos de integración”.*

## **SEXAGÉSIMA**

El modelo a seguirse está ya prefigurado, en el procedimiento que siguiera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), para incorporar a aquellos países que no optaron por integrarse plenamente a la Unión Europea, pero lo hicieron mediante un mecanismo para la solución de controversias que ha funcionado pacíficamente, porque está basado, fundamentalmente, en aspectos del comercio intra regional, con lo que ha creado de paso una verdadera “lex mercatoria” al respecto.

Un solo artículo tanto en un protocolo al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como en el del Protocolo de Olivos para el caso de MERCOSUR, bastaría para establecer este mecanismo de cooperación que, en principio, respetaría las otras competencias de los actuales tribunales regionales.

## **SEXAGÉSIMA PRIMERA**

La consulta o interpretación prejudicial es, finalmente, el mecanismo sustantivo que podría hacer viable la cooperación entre los jueces nacionales y los comunitarios de ambos grupos subregionales, bien es cierto que en temas específicos, para alcanzar la supranacionalidad para la construcción de la UNASUR, con vocación de convertirse en el futuro en una Corte Suprema Latinoamericana.

## BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, Ricardo, *El Juez español y el Derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003.

Alonso García, Ricardo, "El soft law comunitario" en *Revista de Administración Pública*, enero-abril 2001, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Alonso García, Ricardo, *Derecho Comunitario: Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

Alonso García, Ricardo, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2da Edición, Madrid: Thomson Civitas, 2007.

Alonso García, Ricardo, *Tratado de Lisboa y versiones consolidadas de los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea*, Biblioteca de Legislación Serie, Pamplona: Thomson Civitas, 2008.

Alonso García, Ricardo, *La Responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Madrid: Thomson Civitas, 1997.

Alvarez, José E., *International Organizations as Law –markers*, Oxford University Press, 1995.

Alzamora Traverso, Carlos, *Medio Siglo por el Mundo*, Lima: El Virrey, 2008.

Basaldúa, Ricardo Xavier, *MERCOSUR y Derecho de la Integración*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

Chahín Lizcano, Guillermo, “Fundamentos Constitucionales del Derecho Comunitario Andino” en *Testimonio Comunitario*, Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004.

Correa, Carlos, “Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual en el MERCOSUR” en *Derecho Económico Internacional, Encuentro Académico entre la Universidad Católica de Lovaina y la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2006.

Correa, Carlos, “Acuerdo TRIPs” *Régimen Internacional de la Propiedad Intelectual*, Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1998.

Cousillas, Marcelo J., “El régimen de evaluación del impacto ambiental en el MERCOSUR”, en *MERCOSUR, Balance y Perspectivas*, 1996.

Dashwood, Alan y Augus Johnston, *The Future of the Judicial System of the European Union*, Centre for European Legal Studies, University of Cambridge. Oxford and Portland, Oregon USA. 2002.

Faure, Elie, *Historia del Arte. El Espíritu de las Formas*, Buenos Aires: Editorial Poseidón, 1944.

Fernández, Wilfredo, “El nuevo tribunal arbitral del MERCOSUR” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 12º año. Tomo I, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 2006.

Figueredo, Julio, “Derecho de la Competencia e Integración Económica. La situación en el MERCOSUR” en *Cuadernos de Época*. Serie Integración Económica 2, Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2002.

Flauss, Jean Francoise, *Analisis of the election of the new European Court of Human Rights*, *Revue Trimestrelle des Droits de L' Homme* 9, No. 35, 1998.

Gálvez Krüger, María Antonieta, "Comentarios sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina" en *Revista THÉMIS* de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Época 2, Nº 42, 2001.

García Calderón, Francisco, *Las Democracias Latinas de América y la Creación de un Continente*, Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1979.

García Calderón, Francisco, *Memorias del Cautiverio*, Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1949.

Guy, Isaac, *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona: Ariel Derecho, 1985

Helfer, Lawrence R., Slaughter, Anne-Marie, *Toward a theory of Effective Supranational Adjudication*, 107 Yale Law Journal 273, 1997.

Iglesias Buhigues, José Luis, "La noción de supranacionalidad en las Comunidades Europeas" en *Revista de instituciones Europeas*, No. 1 enero-abril 1974.

Jacobo, Gabriel. "Protección del medio ambiente en los negocios internacionales" en *Negocios internacionales y MERCOSUR*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996

Laurence R. Helfer, Karen J. Alter y M. Florencia Guertzovich, "Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community", en *The American Journal of International Law*, Vol. 103, Nº 1, January 2009.

Lecourt, Robert, "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas visto desde el interior" en *Clásicos de la Justicia Europea: en el 50 Aniversario de los Tratados de Roma*, Madrid: Thomson Aranzadi y Thomson Civitas, 2007.

Molina del Pozo, Carlos Francisco, *Manual del Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid: DIJUSA Editorial, 2002.

Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, Libros I y II, Madrid: Ediciones Turner, 1983.

Novara, Juan, *Integración económica, comercio internacional y medio ambiente. Enseñanzas para el MERCOSUR*, Córdoba: IERAL Fundación Mediterránea – Fundación Konrad Adenauer, 1995.

Orcalli, Gabriela, “La Constitución Económica del MERCOSUR” en *La Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*, Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA, 2008.

Ortega y Gasset, José, “España Invertebrada, Bosquejo de algunos pensamientos históricos” en *Revista de Occidente*, Madrid: Alianza Editorial, Duodécima Edición, 2001.

Ortega, Marta, *El acceso de los particulares a la justicia comunitaria*, Barcelona: Ariel Practicum, 1999.

Paolillo, Felipe y Carlos Ons-Indart, “Estudio de los procedimientos de hecho utilizados para la solución de conflictos en la ALALC” en *Revista de INTAL* No. 9 Octubre 1971.

Pérez Vera, Elisa, “Reflexiones sobre los Procesos de Integración Regional” en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 4 num. 3, sept-dic 1973.

Pescatore, Pierre, “La Cuestión Prejudicial – Evolución del Sistema” en *Coloquio sobre la Cooperación entre el Tribunal de Justicia y los Órganos Jurisdiccionales*, 2002.

Pescatore, Pierre, “La Interpretación del Derecho comunitario por el juez nacional” en *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 23, Nº 1, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

Puceiro Ripio, Roberto, "Fuegos fatuos" en Villa, Rosalía, "Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 12º año. Tomo I, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 2006.

Reid, Michael, *Forgotten Continent: The Battle for Latin America's Soul*, Yale University Press, 2008.

Romano, Cesare "The Shift from the consensual to the compulsory paradigm in international adjudication: elements for a theory of consent" en *New York University. Journal of International Law and Politics*, Vol. 39 No. 4, 2007.

Rubio Correa, Marcial, *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984.

Salgado, Germánico, *El Grupo Andino: Eslabón hacia la integración de Sudamérica*, Quito: Corporación Editora Nacional, 2007.

Salmón Gárate, Elizabeth, "Evolución Institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas" en *Derecho Comunitario Andino*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, 2003.

Stein, Meter, *Roman Law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Stone Sweet, Alec y Thomas Brunell, "Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community" en *American Political Science Review* 92, 1998.

Terris, Daniel, Romano, Cesare y Leigh Swigart, *The International Judge: an introduction to the men and women who decide the world's cases*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

Uribe Restrepo, Fernando, *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, Quito: Arte Gráfica Señal, 1990.

Vigil Toledo, Ricardo, "La Comunidad Sudamericana de Naciones", dictada en el Instituto de Derecho Público y Comparado de la Universidad Carlos III dentro de la Convocatoria *Los Sistemas Latinoamericanos de Integración Regional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, febrero 2005. Publicada por el autor en *Reflexiones en torno a la Construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones*, Quito: 2006.

Vigil Toledo, Ricardo, *La solución de controversias en el derecho comunitario andino. Sobre solución de controversias de comercio internacional*, Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional del MERCOSUR, Banco Interamericano de Desarrollo, Montevideo, 15 y 16 de Abril de 2004.

Vigil Toledo, Ricardo, "La Cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

Vigil Toledo, Ricardo, "Las Garantías Marítimas en la Comunidad Andina de Naciones" en *Il Diritto Marittimo Fasc. III*, Génova, 2001.

Vigil Toledo, Ricardo, "Uniformity & Community Law" en *Liber Amicorum, Profesor Francesco Berlingieri* y ponencia en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Marítimo, Montevideo: 2009.

Vigil Toledo, Ricardo, *Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones*, Quito: Artes Gráficas Señal, 2006.

Vigil Toledo, Ricardo, "El Tribunal de Justicia Permanente de la Comunidad Andina y del MERCOSUR" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

Vigil Toledo, Ricardo, "El Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina" en *Revista de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional*, Lima: 2008.

Vigil Toledo, Ricardo, "La competencia arbitral del Tribunal de Justicia y de la Secretaría General de la Comunidad Andina" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2007.

Vigil Toledo, Ricardo, "La solución de Controversias en el Derecho Comunitario Andino" en *Solución de Controversias Intergubernamentales: enfoques multilaterales y regionales*, Montevideo: BID/INTAL, 2004.

Vigil Toledo, Ricardo, "El nuevo Convenio de UNCITRAL y la Comunidad Sudamericana de Naciones" en *Separata de Revista de Estudios Marítimos*, Edición del Centenario de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, Año XXX, Noviembre, Buenos Aires: 2005.

Vigil Toledo, Ricardo, "Uniformity and Community Law" en *Scritti in onore di Francesco Berlingieri, Il Diritto marittimo*, Génova: 2010.

Villagómez Cebrián, Marco, *La Cuestión Prejudicial en el Derecho Comunitario Europeo*, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1994

Watts, Ronald L., *Sistemas federales comparados*, Madrid: Marcial Pons, 2006.



## **Páginas Web:**

<<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/57211BCC-C88A-43C6B540AF0642E81D2C/0/CPProtocole14EN.pdf> >

<<http://www.todoelderecho.com/Destacados/bol5.htm>>

<[http://www.sieca.org.gt/publico/Reuniones\\_Presidentes/xiii/estatuto.htm](http://www.sieca.org.gt/publico/Reuniones_Presidentes/xiii/estatuto.htm)>

<<http://www.comitemaritime.org/draft/pdf/5RRULES.pdf>>

<<http://www.unece.org/trans/wp24/wp24-inf-docs/24infdocs.html>>

<<http://www.comitemaritime.org/draft/pdf/5RRULES.pdf>>

<<http://www.unece.org/trans/wp24/wp24-inf-docs/24infdocs.html>>

<[http://en.wikipedia.org/wiki/Roche\\_Products\\_v.\\_Bolar\\_Pharmaceutical](http://en.wikipedia.org/wiki/Roche_Products_v._Bolar_Pharmaceutical)>

<[http://www.comunidadandina.org/agenda\\_ambiental.htm](http://www.comunidadandina.org/agenda_ambiental.htm)>

<[http://es.wikipedia.org/wiki/El\\_Ni%C3%B1o](http://es.wikipedia.org/wiki/El_Ni%C3%B1o)>

<<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D523.htm>>

<<http://www.undp.org/spanish/mdgsp/mdgtablesp.pdf>>

<<http://www.comunidadandina.org/desarrollo/seguimiento-johannesburgo.pdf>>

<[http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas\\_web/Decisiones/ES/Dec\\_002\\_001\\_Marco\\_Med-Ambiente\\_MCS\\_Acta%201\\_01.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/ES/Dec_002_001_Marco_Med-Ambiente_MCS_Acta%201_01.PDF)>

<[http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo\\_br\\_06\\_es\\_Prohib\\_importac\\_neumaticos.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/bras/Laudo_br_06_es_Prohib_importac_neumaticos.pdf)>

<[http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo\\_arb\\_omision\\_estado\\_arg.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_arb_omision_estado_arg.pdf)>

